# Die Wirkungen der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek.

—o—

## Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt

von

**Referendar Heinrich Bongartz**

aus Düren.

**Köln, 1904**

Druck von M. DuMont Schauberg. 2692.

# Die Wirkungen der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek.

—— o ——

## Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

## Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt

von

**Referendar Heinrich Bongartz**

—— aus Düren. ——

**Köln, 1904**

Druck von M. DuMont Schauberg. 4.2692.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549203_0030

# Disposition.

I. Einleitung S. 10.

Welche Wirkungen die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek hat, ist zu folgern aus den Vorschriften über die Wirkungen der Vormerkung im allgemeinen, aus besonderen Vorschriften über die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek und dem Zwecke und Wesen der Vormerkung.

II. Die Wirkungen der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek nach B. G. B. § 883 A. 2 und 3 in Verbindung mit B. G. B. § 888 A. 1. S. 11.

A. 1. Durch die Vormerkung wird nicht der Anspruch in seinem Bestande, sondern die Verwirklichung des Anspruchs gesichert.

2. Die Unwirksamkeit der Verfügungen, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück getroffen werden, nach B. G. B. § 883, A. 2 S. 11. — Die Durchführung des Anspruchs mit Hülfe von B. G. B. § 888, A. 1 S. 12. — Der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch geht nicht gegen den Dritten. S. 13.

3. Der gemäß B. G. B. § 888 A. 1 Verpflichtete hat die Einreden des Schuldners. S. 13. Daraus folgt:

4. Der Gläubiger kann den aus B. G. B. § 888 A. 1 Verpflichteten vor dem Schuldner belangen. S. 19. — Der vorgemerkte Gläubiger hat keinen Berichtigungsanspruch. S. 41.

5. Der gemäß B. G. B. § 888 A. 1 Verpflichtete hat nicht die Einreden des Bürgen. S. 22.

6. Die Verpflichtung zur Zustimmung gemäß B. G. B. § 888 A. 1 ruht auf dem Grundstücke. S. 23. — In dem Rechtsstreit zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger um die Zustimmung nach B. G. B. § 888 A. 1 finden Z. P. O. §§ 266 Abs. 1 und 325 Abs. 1 Anwendung.

7. Gerichtsstand, in dem die Klage aus B. G. B. 888 A. 1 erhoben wird. S. 25.

B. In dem Rechtsstreit zwischen dem Gläubiger auf der einen, dem Schuldner und Eigentümer auf der anderen Seite ist das Grundstück trotz der Vormerkung keine in Streit befangene Sache, § 265 Z. P. O. S. 25. — In diesem Rechtsstreit finden Z. P. O. §§ 266, 325 keine Anwendung auf den neuen Eigentümer, der das Eigentum während des Rechtsstreits erlangt.

C. Die Vormerkung ergreift das Zubehör und die Miet- und Pachtzinsforderungen. S. 28.

D. Auf die Unwirksamkeit der Verfügungen nach B. G. B. § 883 A. 2 kann sich niemand berufen. S. 30. Auch der Inhaber des der Vormerkung widerstreitenden Buchrechts ist imstande, den Gläubiger zu befriedigen. S. 31.

E. Die Vormerkung sichert den Rang der auf Grund des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs eingetragenen Hypothek. B. G. B. § 883, A. 3 S. 32. — Die Inhaber der Rechte, die den Rang der auf Grund des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs eingetragenen Hypothek beeinträchtigen würden, sind zur Zustimmung nach B. G. B. § 888 A. 1 verpflichtet. — Rangänderung der Vormerkung S. 34. — Wenn die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek im Range zurücktreten soll, ist die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich. S. 35. — Dies folgt auch daraus, daß die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek nach dem Erlöschen des Anspruchs nicht dem Eigentümer zusteht. S. 38. — Die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek kann dem Gläubiger zustehen, wenn der Eigentümer, der nicht Schuldner ist, den Anspruch erwirbt, und wenn der Gläubiger das Eigentum erwirbt. S. 39.

III. Die Wirkungen der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek in der Zwangsvollstreckung. S. 42.

IV. Die Wirkungen der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek im Konkurse. S. 46.

Der Konkursverwalter ist zur Erfüllung des Anspruchs verpflichtet; er hat kein Wahlrecht. S. 47. Der Gläubiger hat weder ein Aussonderungs- noch ein Absonderungrecht. S. 48. Die Eintragungsbewilligung einer Vormerkung durch den Schuldner ist nach Eröffnung des Konkurses den Gläubigern gegenüber unwirksam. S. 49. Das Grundbuch ist nach der Eröffnung des Konkurses gegen vom Schuldner bewilligte Eintragungen von Vormerkungen gesperrt. S. 50. — Dies gilt auch, wenn die Eintragung der Vormerkung vor der Eröffnung des Konkurses bewilligt und beantragt war. S. 51. —

Wirkungen der Vormerkungen, die von Amts wegen eingetragen sind. S. 53. — Behandlung der zugunsten einzelner Konkursgläubiger eingetragenen Vormerkungen. S. 55. Die Unwirksamkeit der Vormerkungen, die nach Erlaß eines allgemeinen Veräußerungsverbotes eingetragen worden sind. S. 55. — Im Falle des Nachlaßkonkurses sind die nach dem Erbfalle im Wege der einstweiligen Verfügung eingetragenen Vormerkungen unwirksam. S. 55.

V. Die Sicherung des Anspruchs gegenüber der beschränkten Haftung des Erben. S. 57.

B. G. B. § 884 gilt nur für Vormerkungen, die vor Eintritt des Erbfalles eingetragen worden sind. S. 59. Die Wirkungen der Vormerkung gemäß B. G. B. §§ 1971, 1974, 1990, K. O. § 211; B. G. B. § 2016. S. 61. — Wirkungen der Vormerkung, wenn der Gläubiger den Schuldner beerbt. S. 62. — Wirkungen der Vormerkung, die zugunsten eines Vermächtnisnehmers besteht. S. 64.

VI. Endigung der Wirkungen der Vormerkung. Insbesondere Erlöschen ihrer Wirkungen nach B. G. B. § 886. S. 66.

Die Vormerkung hat auch keine Wirkungen, wenn sie ungerechtfertigterweise gelöscht ist. S. 68.

VII. Die Beziehung der §§ 891, 892, 893 B. G. B. zu der Vormerkung. S. 70.

1. Die Vormerkung und die Vermutung des § 891, B. G. B.

2. Die Vormerkung und der Schutz des gutgläubigen Erwerbers nach B. G. B. §§ 892, 893. S. 72. — Die Bewilligung der Vormerkung ist eine Verfügung. S. 75.

VIII. In Ansehung der §§ 268 B. G. B und 58 Z. P. O. wird der Gläubiger des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek wie ein am Grundstück Berechtigter behandelt. S. 80.

## Verzeichnis der benutzten Literatur.


Achilles und Strecker, Die Grundbuchordnung. Berlin 1901.

Annalen des Kgl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden, herausgegeben von Loßnitzer und Kurtz, Leipzig.

Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring und Oertmann, Berlin.

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot, herausgegeben von Rassow, Küntzel und Eccius, Berlin.

Biermann, Das Sachenrecht. Zweite Auflage. Berlin 1903.

— Widerspruch und Vormerkung. Jena 1901.

Böhm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. Hannover 1898.

Bruck, Die Eigentümerhypothek. Jena 1903.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts. 2 Bände, 3. Auflage. Jena 1900/01.

Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Band. Tübingen und Leipzig 1900.

Das Recht, herausgegeben von Sörgel. Hannover und Leipzig.

Dernburg, Das bürgerliche Recht, 3. Band, Sachenrecht, 3. Auflage. Halle 1904.

Deutsche Juristenzeitung, herausgegeben von Laband (Stenglein) und Staub, Berlin.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Band. 7. Auflage. Berlin 1900.

Enneccerus und Lehmann, Das bürgerliche Recht, 2. Band, 2. Auflage. Marburg 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamte, Berlin.

Fuchs, Grundbuchrecht, I. Teil. Berlin 1902.

— Probleme des Sachenrechts im 46. Bande von Gruchots Beiträgen. Berlin 1902. S. 549 ff.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Jena 1897.

Goldmann und Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, I. Teil. Berlin 1900.

Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Abteilung, Sachenrecht, 2. Auflage. Berlin 1903.

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

Jäckel, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, Kommentar. Berlin 1901.

Jäger, Kommentar zur Konkursordnung, 2. Auflage. Berlin 1903.
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts, herausgegeben von Johow und Ring, Berlin.
Klumpp, Das Deutsche Grundbuchrecht, 2. Auflage. Stuttgart 1901.
Köllner, Der Übergang des preußischen Praktikers in das Deutsche Grundbuchrecht, 3. Auflage. Berlin 1901.
Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht, 2 Bände. Leipzig 1902/03.
— Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken im 11. Bande des Sächsischen Archivs für bürgerliches Recht und Prozeß. 1901, S. 1 ff.
— Zwei Fragen aus dem Grundbuchrechte im 2. Jahrgange (1902) des Zentralblatts für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, herausgegeben von Lobe. S. 812 ff.
— im „Recht", VII. Jahrgang. S. 589 ff.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Teil. Berlin 1899.
— Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Auflage, Berlin 1903.
Männer, Das Recht der Grundstücke. München 1899.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Auflage, Berlin 1900.
Meisner, Das Sachenrecht, Kommentar. Breslau 1901.
Neumann, Hugo, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1. Band, 3. Auflage. Berlin 1903.
Neumann, Joh., Vormerkung und Veräußerungsverbot in der Juristischen Wochenschrift, 31. Jahrgang. S. 454 ff.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. Berlin 1900.
— Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis, im 47. Bande von Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, 1903, S. 306 ff.
Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung. Breslau 1902.
— im Archiv für bürgerliches Recht, Band 23, S. 169 ff.
Philipsen, Die Vormerkung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Berlin 1903.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Band. Einleitung und allgemeiner Teil, 3. Auflage. Berlin 1903.
3. Band, Sachenrecht, 3. Auflage. Berlin 1904.
Predari, Die Grundbuchordnung. Kommentar, 2 Teile. Berlin 1900/02.
Priester, Die alte und die neue Vormerkung im 22. Bande des Archivs für bürgerliches Recht, 1903, S. 143 ff.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs.
Ramdohr, Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im Bürgerlichen Gesetzbuch im 44. Jahrgange von Gruchots Beiträgen, 1900.

Raschig, Vormerkungsfähige Ansprüche. Leipziger Dissertation 1903.

Reichel, Die Vormerkung im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche im 46. Bande von Iherings Jahrbüchern. Jena 1903, S. 59 ff.

Reinhard, Das Zwangsversteigerungsgesetz, 2 Bände. Leipzig 1901.

Rechtsprechung, Die, der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann, Leipzig.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, herausgegeben von Hoffmann, Sommerlatt und Wulfert, Leipzig.

Scherer, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erlangen 1899.

Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs nach neuem deutschen Reichsrecht. Leipzig 1899.

Schöller, Die grundbuchrechtliche Bedeutung des Konkursvermerks im 7. Bande (Jahrgang 1902) der Deutschen Juristenzeitung, S. 165 ff.

Sekler, Das Wesen der Vormerkung, Tübinger Dissertation. München 1902.

— Die Lehre von der Vormerkung. München 1904.

Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht. Leipzig 1899.

Stammler, Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten. Halle 1900.

von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 3. Band, Sachenrecht, erläutert von Kober. 2. Auflage. München 1903.

Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Rechte an Grundstücken. Berlin 1898.

Süß, Die Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung und das Pfandrecht nach den Grundsätzen über Verkehrsentziehung im 8. Bande des Magazins für das deutsche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Bödicker. Hannover 1888. S. 1 ff.

Turnau und Förster, Das Liegenschaftsrecht, 2 Bände, 2. Auflage. Paderborn 1902/03.

Weigelt, Vormerkung und Widerspruch. Breslauer Dissertation. Breslau 1901.

Wolff, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Kommentar, 2. Auflage. Berlin 1901.

Zitelmann, Internationales Privatrecht. 2. Band. Leipzig 1898.

— Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1. Band. Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.

# Die Wirkungen der Vormerkung

zur

# Sicherung des Anspruchs auf Eintragung

# einer Hypothek.

# I. Einleitung.

Die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek untersteht den Vorschriften über die Vormerkung. Ihre Wirkungen sind die Wirkungen einer Vormerkung, beeinflußt durch die Rechtsnatur der Hypothek und den Anspruch auf die Hypothek.

Außerdem aber untersteht die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek besonderen Gesetzesvorschriften, welche für Vormerkungen anderer Ansprüche keine Geltung haben.

Weitere Wirkungen der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek ergeben sich aus dem Zwecke und dem Wesen der Vormerkung.

## II. Die Wirkungen der Vormerkung nach B. G. B. § 883 Abs. 2 und 3 in Verbindung mit B. G. B. § 888 Abs. I.

**A.** 1. § 883 Abs. 2 Satz 1 lautet:

> „Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde."

Ein Anspruch, nach B. G. B. § 194 Abs. 1 „das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen," kann nicht durch eine Verfügung, welche nicht diesen Anspruch betrifft, vereitelt oder beeinträchtigt werden. Aber die Verwirklichung des Anspruchs kann durch eine Verfügung des Schuldners über die Sache, auf die der Anspruch sich bezieht, vereitelt oder beeinträchtigt werden. So kann auch der Anspruch auf Eintragung einer Hypothek nicht durch Verfügung des Schuldners über das Grundstück, d. h. das Eigentumsrecht am Grundstück beeinträchtigt werden, wohl aber die Verwirklichung des Anspruchs[1]).

2. Die Unwirksamkeit der Verfügungen, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Recht getroffen werden, zeigt sich unter anderen darin, daß der obligatorisch Berechtigte infolge der Vormerkung das Recht aus B. G. B. § 888 Abs. 1 hat.

Dieser bestimmt:

> „Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechts oder eines Rechts an einem solchen Rechte gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, kann dieser von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist."

Hiernach hat also der Gläubiger außer seinem Anspruch gegen den Schuldner auf Eintragung der Hypothek ein Recht auf Zustimmung zu der Eintragung gegen denjenigen, der nach der Eintragung der Vormerkung ein Recht erworben hat, das der Verwirklichung des Anspruchs auf Eintragung der Hypothek entgegensteht. „Sobald also das obligatorische Recht zu

[1]) Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung. S. 3.

„seiner dinglichen Verwirklichung gelangt“ [1]), ist der Schuldner gemäß seiner Verpflichtung z. B. berechtigt, das Grundstück, über das er grundbuchmäßig nicht mehr verfügen kann, für den durch die Vormerkung gesicherten Gläubiger mit einer Hypothek zu belasten.

Wenn der Gläubiger auf seinen Anspruch verzichtet, so ist die Verfügung des Schuldners vollwirksam trotz der Vormerkung. Das Eigentum des Schuldners ist also z. B. endgültig mit der trotz der Vormerkung eingetragenen Hypothek belastet. — Wenn der Schuldner aber dem Gläubiger das durch die Vormerkung „gesicherte“ Recht kraft der Vormerkung gewährt, so zeigt es sich, daß die früheren Verfügungen unwirksam waren, insoweit sie die Verwirklichung des Anspruchs beeinträchtigen könnten, d. h. nicht endgültig die erstrebte Rechtsänderung herbeigeführt haben, daß vielmehr der Schuldner noch insoweit der Berechtigte ist. Der Rechtserwerb derjenigen, deren Rechte den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch (statt die Verwirklichung des Anspruchs) beeinträchtigen, ist also auflösend bedingt durch die Verwirklichung des Anspruchs des Gläubigers durch den Schuldner[2]). In dem Augenblicke, in dem der persönliche Schuldner über das Recht zu gunsten des Gläubigers verfügt, fallen die früheren Verfügungen, soweit sie das Recht des Gläubigers beeinträchtigen, in nichts zusammen, und der Schuldner verfügt als Berechtigter. Die Verfügung des Schuldners bewirkt also ausschließlich die Rechtsveränderung zugunsten des Gläubigers, weil die entgegenstehenden Verfügungen unwirksam sind [3]).

Zu der Erfüllung des obligatorischen Anspruchs durch den Schuldner tritt die Zustimmung des Dritten zur Eintragung oder Löschung.

Nach dem Gesagten hat diese Zustimmung für die Rechtsänderung keine Bedeutung. Die Rechtsänderung geschieht aber nicht ohne Eintragung ins Grundbuch; zu der Eintragung ist die Zustimmung des eingetragenen Berechtigten erforderlich, denn § 19 der Grundbuchordnung bestimmt [4]): „Eine Eintragung

---

[1]) Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Bd. § 65. 3. S. 252.

[2]) Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Teil S. 491.
Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Rechte am Grundstücken, S. 115.

[3]) Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, S. 255.
Predari, Die Grundbuchordnung, S. 203.
Philipsen, Die Vormerkung, S. 50.

[4]) Sekler, d. L. v. d. V. § 18 II 4, S. 196.

erfolgt nur, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird."

Dem Grundbuchamte gegenüber ist der Eingetragene der Berechtigte. Ein Recht auf diese Zustimmung durch den Berechtigten gibt dem Gläubiger also B. G. B. § 888 Abs. 1.

Der Gläubiger hat kein Recht gegen den eingetragenen Berechtigten auf Verwirklichung seines obligatorischen Anspruchs, z. B. gegen den neuen Eigentümer auf Eintragung der vorgemerkten Hypothek[1]).

Oberneck[2]) behauptet, daß der persönliche Anspruch des vorgemerkten Gläubigers infolge der Vormerkung sich gegen denjenigen richtet, der den Anspruch grundbuchmäßig erfüllen kann, wenn der Schuldner durch seine Verfügung hierzu nicht mehr in der Lage ist. Diese Ansicht stützt er damit, daß er die Zustimmung des buchmäßig Berechtigten gemäß § 888 B. G. B. auffaßt als die Zustimmung im Sinne der §§ 182 ff. B. G. B., die die Wirksamkeit eines Vertrages und die Verfügung eines Nichtberechtigten wirksam macht.

Diese Ansicht steht aber mit dem Gesetze in Widerspruch. Wenn die Zustimmung des buchmäßig Berechtigten zur Wirksamkeit der Verwirklichung des Anspruchs durch den Schuldner notwendig wäre, so hätte das Gesetz dem Gläubiger mit kurzen Worten den durch die Vormerkung gesicherten obligatorischen Anspruch gegen den buchmäßig Berechtigten geben können. Auch würde nach dieser Ansicht die Verfügung, durch die der buchmäßig Berechtigte sein Recht erlangt hat, nicht, wie B. G. B. § 883 Abs. 2 Satz 1 sagt, unwirksam sein, sondern vollwirksam, damit der nach B. G. B. § 888 Verpflichtete in der Lage sei, den Anspruch des Gläubigers zu verwirklichen.

3. Hier muß die Frage aufgeworfen werden, ob dem Inhaber des der Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs entgegenstehenden Rechts die Einreden zustehen, deren sich der „persönliche" Schuldner gegen den Gläubiger bedienen kann.

Der durch die Vormerkung Berechtigte hat gegen den Inhaber des entgegenstehenden Rechts die Vormerkung zu beweisen, ferner den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch, (denn der Gläubiger kann eine Zustimmung nur verlangen,

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 53 S. 30.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, IV. Bd. 1902, 1. Halbjahr S. 237.
Annalen des Kgl. Sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden, 24. Bd. S. 56.
Meisner, Sachenrecht. Anm. 1 zu § 888 S. 51.
Matthiaß, Lehrbuch, 2. Bd. S. 40.

[2]) Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, S. 254, 256.

die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist), ferner die Fälligkeit des Anspruchs, und endlich hat der Gläubiger zu beweisen, daß das Recht des Beklagten die Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs vereitelt oder beeinträchtigt.

Diese selbständige Stellung des beklagten Rechtsinhabers ist unmittelbar aus B. G. B. § 888 Abs. 1 herzuleiten. Die Ansicht findet im Gesetze keine Unterstützung, welche annimmt, daß es statt des Beweises, daß der Anspruch gegen den persönlichen Schuldner bestehe, nur des Beweises bedürfe, daß der Schuldner die dingliche Rechtsänderung bewilligt habe oder zur Bewilligung rechtskräftig verurteilt sei.

Das Kgl. Sächsische Oberlandesgericht zu Dresden steht in einem Urteil vom 31. Januar 1902 auf einem dritten Standpunkte[1]). Es behauptet, daß es zur Erhebung der Klage aus B. G. B. § 888 der Einwilligung in die dingliche Rechtsänderung des „persönlichen" Schuldners nicht bedürfe, wenn der Schuldner in die Eintragung der Vormerkung gewilligt habe, und scheint anzunehmen, daß die Einwilligung zur Eintragung der Vormerkung die Einwilligung zur Eintragung des beanspruchten dinglichen Rechts oder der Rechtsänderung in sich schließe. Dementsprechend bedürfe es — ist seine Meinung — in dem Falle, daß die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen sei, und nur in diesem Falle, zur Erhebung der Klage aus B. G. B. § 888 der formgerechten Bewilligungserklärung des Schuldners für die dingliche Rechtsänderung oder seiner rechtskräftigen Verurteilung hierzu.

Daß diese Stellungnahme verfehlt ist, folgt daraus, daß der Zweck der Vormerkung nur die Sicherung des Anspruchs gegen den Schuldner ist, daß dieser Anspruch also, wie oben gezeigt, durch die Vormerkung nicht im mindesten erfüllt wird, daß also die Vormerkungsbewilligung des Schuldners nichts von dem Willen des Schuldners verrät, daß er den Anspruch erfüllen wolle. Der Schuldner kann nicht aus der Vormerkungsbewilligung auf die Rechtsbestellung belangt werden, er haftet lediglich aus dem obligatorischen Vertrage.

Fuchs[2]) behauptet, der aus B. G. B. § 888 Verpflichtete könne seine Zustimmung ablehnen, solange nicht der Schuldner seine Verpflichtung anerkannt habe oder anzuerkennen verurteilt sei. Der Gläubiger klagt aber gegen den Schuldner

[1]) Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, IV. Bd. Jahrgang 1902, 1. Halbjahr Nr. 56 S. 238.
Annalen des Kgl. Sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden, 24. Bd. 1903 S. 56.

[2]) Fuchs, Grundbuchrecht, I. Bd. Bemkg. 14 zu § 888 S. 119.

nicht auf Anerkennung, sondern auf Erfüllung des Anspruchs. Die Verpflichtung aus B. G. B. § 888 von der Anerkennung abhängig zu machen, würde nur dann einen Zweck haben, wenn diese Verpflichtung nicht eine Verpflichtung zur Zustimmung im Sinne von B. G. B. § 888, sondern eine Verpflichtung zur Vertragserfüllung wäre.

Was die Meinung betrifft, welche behauptet, daß die Einwilligung des Schuldners zur dinglichen Rechtsänderung oder seine rechtskräftige Verurteilung dazu genüge, und der Beweis des Anspruchs nicht erforderlich sei, so ist richtig, daß die Abhängigkeit des gläuberischen Rechts aus B. G. B. § 888 von der Verpflichtung des Schuldners zur Erfüllung des Anspruchs es mit sich bringt, daß, wenn der „Gläubiger" mit seiner Klage gegen den „persönlichen" Schuldner abgewiesen worden ist, ein Recht für den Gläubiger aus B. G. B. § 888 nicht bestehen kann; denn der Gläubiger hat ja nur ein Recht auf Zustimmung des grundbuchmäßigen Berechtigten in die hier entfallende Einwilligungserklärung des Schuldners auf Änderung des dinglichen Rechtszustandes des Grundstücks[1]).

Wer aber sagt, die Obligation des persönlichen Schuldners wird durch die Vormerkung zu einer *obligatio in rem scripta* gegen den Rechtsinhaber, muß die Möglichkeit einer Verurteilung des Rechtsinhabers zugeben bei einer Abweisung der Klage gegen den „persönlichen" Schuldner.

Aus der Abhängigkeit des Rechts aus B. G. B. § 888 von dem Rechte gegen den Schuldner folgt aber nicht, daß dann, wenn der Schuldner bewilligt oder zur Bewilligung verurteilt ist, der Berechtigte zur Zustimmung verpflichtet ist. Denn eine Verurteilung des Schuldners beweist nur, daß der Anspruch zur Zeit der Urteilsfällung besteht; er kann aber durch die Prozeßführung des Schuldners entstanden oder durch Versäumung der Einreden bei Bestand erhalten worden sein. Die Einwilligung des Schuldners ist ganz von seinem Belieben abhängig und nicht bedingt durch das Bestehen einer obligatorischen Verpflichtung hierzu.

Weil also die Bewilligung des Schuldners und das verurteilende Urteil nicht abhängig sind von dem Bestehen eines Anspruchs, — hingegen die Verpflichtungen des Rechtsinhabers aus B. G. B. § 888 abhängig ist vom Bestehen des Anspruchs, — so kann die Verpflichtung des Rechtsinhabers nicht ausschließlich von der Einwilligung des Schuldners oder seiner Verurteilung abhängen.

---

[1]) Sekler, d. L. v. d. V. § 18 S. 206.

Der Gläubiger hat also das Bestehen seines Anspruches zu beweisen, und dieser Beweis wird nicht geführt durch die Einwilligungserklärung des Schuldners oder seine Verurteilung hierzu. — Also hat der aus B. G. B. § 888 Belangte die Einreden, die dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehen[1]).

Turnau und Förster[2]) sind der Ansicht, daß dem aus B. G. B. § 888 Verpflichteten ebensowenig die Einreden des Schuldners zuständen, wie er aus dem obligatorischen Vertrage verpflichtet sei. Er ist allerdings nicht aus dem zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden Vertrage verpflichtet, aber seine Verpflichtung ist abhängig von der Verpflichtung des Schuldners. Diese Verpflichtung entsteht nicht aus dem obligatorischen Vertrage, sondern ist lediglich die Folge der Vormerkung und der ihm gegenüber im Widerspruch mit der Vormerkung erfolgten Verfügung. Aber daß die Verfügung im Widerspruch mit der Vormerkung erfolgt ist, muß bewiesen werden, und ebenso, daß der Anspruch, ohne den die Vormerkung ohne alle Bedeutung ist, besteht.

In dem Rechtsstreit zwischen Gläubiger und Schuldner wird nur die Pflicht des Schuldners zur Bewirkung der dinglichen Rechtsänderung festgestellt, weder das Dasein der Vormerkung noch die Vereitelung oder Beeinträchtigung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs durch eine weitere Verfügung, noch das Recht des Gläubigers aus B. G. B. § 888.

Oberneck[3]) gibt dem aus B. G. B. § 888 Verpflichteten nicht die Einreden des Schuldners „weil er durch die Umschreibung in keiner Weise in seinen Rechten verletzt würde, denn die vorgemerkte, zur Umschreibung reife Hypothek werde Dritten gegenüber so behandelt, als wenn eine endgültige Belastung des Grundstücks zur Zeit der Eintragung bereits vorhanden gewesen sei.“

Bei der Belastung des Grundstücks mit der Hypothek hat nach B. G. B. § 1137 der Eigentümer die Einreden des Schuldners; wenn die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek so behandelt wird wie eine Hypothek, so müßte der Eigentümer doch auch hier die Einreden des Schuldners haben. — Es läßt sich aber nicht beweisen, daß Dritten gegenüber die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek wie eine Hypothek behandelt wird. Daß der aus B. G. B. § 888 Verpflichtete in seinen Rechten sehr gekränkt werden könnte, wenn ihm die Einreden nicht zustehen, ist oben dargelegt worden.

[1]) Philipsen, Die Vormerkung, S. 71 ff.
[2]) Turnau und Förster, Das Liegenschaftsrecht, 1. Bd. S. 189.
[3]) Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, S. 515.

Fuchs[1]) gibt dem aus B. G. B. § 888 Belangten die Einreden des Schuldners, scheint aber der Ansicht zu sein, daß, wenn diese Einreden Einreden aus dem Rechte eines Dritten wären, sie dem aus B. G. B. § 888 Beklagten nicht gegeben werden dürften; sie seien aber Einwendungen aus dem Nichtrechte des Gläubigers.

Zu diesen Einreden aber aus dem Nichtrechte des Gläubigers muß man wohl auch die Einreden aus dem Rechte des Schuldners zählen, und weshalb sollte man von vornherein es ablehnen, dem aus B. G. B. § 888 Belangten die Einreden des Schuldners zu gewähren, weil sie *exceptiones ex iure tertii* seien? —

Zu der obigen Beweisführung aus dem in Rede stehenden Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches kann unterstützend die Beweisführung Biermanns[2]) herangezogen werden:

Stammler[3]) hat bewiesen, „daß die Einreden aus dem Rechte eines Dritten überall da rechtlich statthaft sind, wo mehrere Ansprüche desselben Berechtigten gegen verschiedene Verpflichtete in Betracht kommen, indem an die Seite oder an die Stelle einer Verbindlichkeit eine weitere Pflicht helfend oder abgeleitet hinzutritt, derartig, daß die Nebenpflicht in ihrem Bestande und Inhalte von den gleichen Fragen für jene erste Verbindlichkeit abhängig ist. Diese mehreren Ansprüche müssen auf Herbeiführung des gleichen Erfolges für das Vermögen des Gläubigers abzielen."

Wenn man diesen Sätzen Stammlers zustimmt, so ergibt sich, wie Biermann mit Recht sagt, ohne weiteres das Recht des aus B. G. B. § 888 Belangten, sich der Einreden des „persönlichen" Schuldners zu bedienen. Der durch die Vormerkung Verpflichtete ist also in ähnlicher Lage wie der Grundstückseigentümer, der nach B. G. B. § 1137 gegen die Hypothekenklage die dem „persönlichen" Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden geltend machen kann. — Aus dieser Bestimmung des § 1137 B. G. B. folgt auch obiger Satz. Denn wenn der aus B. G. B. § 888 Belangte die Einreden des persönlichen Schuldners gegen die Pflicht aus der Vormerkung nicht hätte, so würde er sie doch gegen die mit seiner Zustimmung bewilligte Hypothek haben. Dies ist wohl kaum anzunehmen. So auch das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 8. November 1902[4]).

---

[1]) Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I Bem. 14α, Abs. 2, S. 119.

[2]) Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 213.

[3]) Stammler, Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten, S. 28 u. 29.

[4]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, 53. Bd. Nr. 9 S. 33.

Man könnte gegen den Satz, daß der Beklagte aus B. G. B. § 888 die Einreden des Schuldners habe, einwenden, daß auch dem Anfechtungsgegner bei der Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Konkurses die Einreden des persönlichen Schuldners nicht zuständen, daß aber die Lage des aus B. G. B. § 888 Beklagten, nachdem der „persönliche“ Schuldner rechtskräftig verurteilt worden ist, der Lage des Anfechtungsgegners ähnlich sei [1]).

Hiergegen ist einzuwenden:

Das Anfechtungsrecht des Gläubigers nach dem Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 in der Fassung vom 20. Mai 1898 ist eine aus einem gegen den Schuldner vollstreckbaren Schuldtitel sich ergebende Exekutionsbefugnis des Gläubigers.

Denn § 2 des Gesetzes sagt:

„Zur Anfechtung ist jeder Gläubiger, welcher einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat, und dessen Forderung fällig ist, befugt, sofern die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat, oder anzunehmen ist, daß sie zu einer solchen nicht führen werde.“

Wenn nun aus der vollstreckbaren Urkunde das Anfechtungsrecht des Gläubigers folgt, so ergibt sich, daß der Anfechtungsgegner nicht die Einreden aus dem Rechtsverhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner haben kann, welches zu dem Titel geführt hat. Denn dann wäre eben die Verpflichtung des Schuldners und nicht der Titel des Gläubigers die Ursache des Anfechtungsrechts. Im Falle des § 888 B. G. B. ist dem Gläubiger aber nicht das Recht auf Zustimmung aus einem gegen den Schuldner vollstreckbaren Titel gegeben, sondern nur gegeben „zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs“ [2]).

Dem aus B. G. B. § 888 Verpflichteten können die Einreden des Schuldners nicht durch die Verfügung des Schuldners verloren gehen.

Gesetzt den Fall, der Grundbuchrichter nehme die Eintragung ins Grundbuch vor ohne die nach G. B. O. § 19 erforderliche Einwillungserklärung des buchmäßig Berechtigten. Die Eintragung ist gültig. Der Schuldner hat wirksam zu gunsten des Gläubigers über das Recht verfügt und die dingliche Rechtsänderung in Verbindung mit der Eintragung herbei-

[1]) Turnau und Förster, Das Liegenschaftsrecht, Bd. 1, S. 189 unten.
[2]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 53 S. 34, Bd. 7 S. 189.

geführt [1]). Wenn der nunmehr erfüllte Anspruch durch die Vormerkung voll gedeckt wird, so ist das Grundbuch nicht unrichtig. Soweit die Verfügung des Schuldners über den Inhalt des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs hinausgeht, ist die Verfügung des Schuldners die Verfügung eines Nichtberechtigten; das Grundbuch ist insoweit unrichtig. Der Berechtigte, der gemäß B. G. B. § 888 um Zustimmung hätte angegangen werden müssen, hat den Berichtigungsanspruch aus B. G. B. § 894. Zum Schutze dieses Anspruchs kann ein Widerspruch gemäß B. G. B. § 899 eingetragen werden.

Aber auch in dem Falle, daß der Schuldner nur den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch des Gläubigers erfüllt hat, kann doch die Verfügung des Schuldners und die Eintragung ins Grundbuch die Rechte des buchmäßig Berechtigten beeinträchtigt haben, nämlich, wenn dem Schuldner Einreden zu Gebote standen, z. B. die Verjährungseinrede, deren er sich nicht bedient hat. Es ist in diesem Falle nicht mehr geleistet, als der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch reichte; der Gläubiger hat das erstrebte Recht am Grundstücke erlangt, aber die Rechte des buchmäßig Berechtigten sind verletzt, weil er in einem solchen Falle nicht der Verfügung des Schuldners zuzustimmen verpflichtet war. In diesem Falle hat bei der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek der vorgemerkte Gläubiger auf Kosten des Eigentümers diesem gegenüber die Hypothek ohne rechtlichen Grund erlangt. Gemäß B. G. B. § 812 ist er zur Herausgabe dieser ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet. Der Eigentümer kann die Löschungsbewilligung verlangen. Er kann die Hypothek nur erwerben, wenn weitere, der Vormerkung widerstreitende Verfügungen nicht getroffen sind. In diesem Falle würden dadurch, daß der Eigentümer die Hypothek erwirbt, die Rechte der nachstehenden Grundstücksberechtigten verletzt werden, denn diese haben ebenso die Pflicht zur Zustimmung gemäß B. G. B. § 888 und das Recht der Einreden wie der Eigentümer. Demzufolge haben auch die nachstehend Berechtigten, deren Rechte durch die Eintragung ungerechtfertigt beeinträchtigt sind, den Anspruch auf Löschungsbewilligung. —

Zum Schutze der Verwirklichung dieses Anspruches kann eine Vormerkung eingetragen werden (B. G. B. § 883 Abs. 1).

4. Daraus, daß der aus B. G. B. § 888 Belangte die Einreden des „persönlichen“ Schuldners aus dem vorgemerkten

[1]) Predari, Die Grundbuchordnung, S. 203. Philipsen, Die Vormerkung, S. 50.

Anspruch hat, folgt der aus dem Gesetzbuche nicht unmittelbar abzuleitende Satz, daß es dem durch die Vormerkung gesicherten Gläubiger freisteht, zuerst den Schuldner oder den buchmäßig Berechtigten zu verklagen [1]). Denn den Gläubiger zuerst an den „persönlichen" Schuldner zu weisen — was naheliegt —, hat keinen Sinn, wenn das wider den Schuldner erlangte Urteil ihn doch nicht der Mühe überhebt, sich gegen die Einreden des aus B. G. B. § 888 Belangten zu verteidigen.

Tunrau und Förster [2]) schließen umgekehrt. Sie behaupten ohne Beweis, daß der zur Zustimmung gemäß B. G. B. § 888 Verpflichtete nur belangt werden könne, wenn der Schuldner die dingliche Rechtsänderung bewilligt habe, und schließen daraus, daß dem zur Zustimmung Verpflichteten die Einreden des Schuldners nicht zustehen könnten, während dem aus der Hypothek belangten Eigentümer die Einreden des Schuldners gemäß B. G. B. § 1137 zuständen, weil dort ein vorangegangener Rechtsstreit zwischen Schuldner und Gläubiger nicht vorausgesetzt werde.

Das Oberlandesgericht Dresden läßt in dem oben S. 14 angeführten Urteil den Gläubiger gegen den Rechtserwerber aus B. G. B. § 888 klagen, bevor er den Schuldner belangt hat, wenn die Vormerkung auf Grund einer Einwilligungserklärung des Schuldners eingetragen worden ist. Wenn dagegen die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen worden ist, verlangt es die formgerechte Einwilligungserklärung des Schuldners oder seine Verurteilung dazu. Diese Sätze sind Folgerungen aus irrigen Voraussetzungen, s. oben S. 14.

Biermann [3]) ist der hier vertretenen Ansicht für die eine Art von Tatbeständen, die unter B. G. B. § 888 Abs. 1 fallen, nämlich für diejenigen, bei denen es zur Eintragung der dinglichen Rechtsänderung, auf die sich der vorgemerkte Anspruch bezieht, der Einwilligung des buchmäßig Berechtigten bedarf. Er behauptet, es müsse von dieser Art Tatbeständen die andere Art scharf unterschieden werden, bei denen es erst zur vollen Verwirklichung des Anspruchs der Zustimmung des eingetragenen Berechtigten bedürfe.

Er führt als Beispiel an: [4])

„Zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung ist eine Vormerkung im Grundbuche eingetragen

[1]) Entscheidungen des Reichgerichts in Zivilsachen, Bd. 53, S. 31.
[2]) Turnau und Förster, Das Liegenschaftsrecht, Bd. 1, S. 189 unten.
[3]) Biermann, Das Sachenrecht, Anm. zu § 888, S. 72; Widerspruch und Vormerkung, S. 211, Nr. 4.
[4]) Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 210.

worden. Der Verpflichtete bestellt einem Dritten eine Hypothek. Hier kann der Vorgemerkte von dem Verpflichteten die Auflassung und von dem Hypothekengläubiger die Bewilligung der Löschung der Hypothek verlangen."

Es ist ein Irrtum, anzunehmen, der Vorgemerkte könne von dem Hypothekengläubiger die Löschung der Hypothek verlangen. Nach B. G. B. § 888 kann er nur die Zustimmung zur Löschungsbewilligung des Schuldners verlangen.

Aus dieser falschen Annahme zieht Biermann mit richtiger Begründung den unrichtigen Schluß, daß der Vorgemerkte gegen den Hypothekengläubiger erst nach seiner endgültigen Eintragung klagen könne.

Nach der hier vertretenen Auffassung muß der Schuldner den Anspruch des Gläubigers erfüllen, in diesem Falle also das Grundstück auflassen, und zwar in dem dinglichen Rechtszustande auflassen, wozu er sich verpflichtet hat; und er ist durch die Vormerkung in den Stand gesetzt, das Grundstück in dem dinglichen Rechtszustande aufzulassen, in dem es sich zur Zeit der Eintragung der Vormerkung befand. Er kann also auch die Löschung der Hypothek wirksam bewilligen, denn die Bewilligung der Hypothek an den Dritten ist unwirksam (§ 883, 2). Nach dieser Auffassung steht nichts im Wege, daß aus B. G. B. § 888 geklagt wird, ehe die Auflassung und Eintragung erfolgt ist.

Daraus folgt, daß die Biermannsche Unterscheidung der zwei Arten von Fällen unberechtigt ist, wie sich auch aus folgendem ergibt:

Die Eintragung des Gläubigers als definitiv Berechtigter hat in keinem Falle notwendig die volle Verwirklichung des Anspruchs zur Folge. Man nehme folgenden Fall: Der Schuldner hat auf Grund seiner obligatorischen Verpflichtung die Eintragung der Hypothek bewilligt, er hat aber nur einen geringeren Zinsfuß bewilligt, als der Gläubiger des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs verlangen kann; der Bewilligung der Hypothek mit dem geringeren Zinsfuß hat der neue Eigentümer und Nichtschuldner zugestimmt. Auch hier ist der Anspruch trotz der Eintragung des Gläubigers als Berechtigter nicht voll verwirklicht. Auch hier hat der eingetragene Gläubiger nur einen Anspruch auf Eintragung gegen den Schuldner und auf Zustimmung nach B. G. B. § 888.

Der Anspruch, den Biermann dem vorgemerkten Gläubiger gibt, ist, wie er selbst sagt, nicht anderes als der Berichtigungsanspruch aus B. G. B. § 894. Nach der dargelegten Ansicht sind die Ansprüche aus B. G. B. § 888 und aus B. G. B.

§ 894 verschieden. Dem Gläubiger steht der Berichtigungsanspruch nicht zu, weil der Gegner aus B. G. B. § 888, so lange er eingetragen ist, der Berechtigte ist, und das Grundbuch richtig ist [1]).

5. Der aus B. G. B. § 888 Belangte hat nicht die Einreden des Bürgen. Fuchs [2]) gibt sie ihm in Analogie des § 1137 B. G. B. Biermann [3]) verweigert sie ihm, weil

> „es sich nicht um *exceptiones ex iure tertii* handle, und der Zustimmungspflichtige auch nicht eine der Stellung des Bürgen analoge Stellung habe".

*Exceptiones ex iure tertii* sind die Einreden, die dem Bürgen als solchem zustehen (B. G. B. §§ 770 ff.), sicherlich nicht. Der Zustimmungspflichtige des § 888 hat auch keine dem Bürgen oder dem aus der Hypothek belangten Eigentümer analoge Stellung. — Diese beiden haften für die Befriedigung des Gläubigers an Stelle des Schuldners, wohingegen der aus B. G. B. § 888 Verpflichtete nur für die Zustimmung zur Schulderfüllung durch den Schuldner haftet. Es liegt kein Grund vor, dem Zustimmungspflichtigen besonders die Einreden des Bürgen aus B. G. B. § 770 Abs. 1 zu geben. (Die anderen Einreden des Bürgen kommen nicht in Betracht.) Der § 770 Abs. 1 lautet:

> „Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, so lange dem Schuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten."

Die Verpflichtung des Schuldners besteht trotz der Anfechtbarkeit, und von diesem Bestehen hängt die Verpflichtung des buchmäßig Berechtigten aus B. G. B. § 888 ab.

---

[1]) Vergleiche den Beschluß des Kammergerichts vom 3. Sept. 1902 im V. Bd. (1902, 2. Halbjahr) der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann, Nr. 58 e. S. 297.

Nach Eintragung der anspruchs- und vormerkungsmäßigen Hypothek kann das Grundbuch für den Gläubiger nicht mehr unrichtig sein. Wenn der „vorgemerkte" Gläubiger also einen Anspruch hatte auf Eintragung der ersten Hypothek, die erste Hypothek aber zugunsten eines andern nach Eintragung der Vormerkung, aber vor Eintragung der „vorgemerkten" Hypothek eingetragen worden ist, so ist das Grundbuch nicht unrichtig, auch wenn die Eintragung zugunsten des andern nicht geändert wird. Es erhellt ja aus dem Buche, daß die „vorgemerkte" Hypothek vor der „ersten" rangiert. Einen „Berichtigungsanspruch" hat also höchstens der andere.

Abweichend Sekler, L. v. d. V., § 18 II 2 b β, S. 192. Siehe d. richtigen Lehrsatz ebendort S. 194.

[2]) Fuchs, Grundbuchrecht 1. Band, Anm. 14 α zu § 883, S. 119.

[3]) Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 214.

6. Bewirkt die Vormerkung, daß, wenn der Gläubiger den Eigentümer des Grundstücks aus B. G. B. § 888 auf Zustimmung zur Erfüllung einer Hypothek durch den Schuldner belangt, und wenn der Beklagte das Grundstück nach der Klageerhebung veräußert, der Paragraph 266 Abs. 1 Z. P. O. in Wirkung tritt?

Der zitierte Paragraph lautet:

„Ist über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts, welches für ein Grundstück in Anspruch genommen wird, oder einer Verpflichtung, welche auf einem Grundstücke ruhen soll, zwischen dem Besitzer und einem Dritten ein Rechtsstreit anhängig, so ist im Falle der Veräußerung des Grundstückes der Rechtsnachfolger berechtigt und auf Antrag des Gegners verpflichtet, den Rechtsstreit in der Lage, in welcher er sich befindet, als Hauptpartei zu übernehmen.“

Die Frage ist zu bejahen, wenn man die Verpflichtung des eingetragenen Berechtigten aus der Vormerkung gemäß § 888 Abs. 1 eine Verpflichtung nennt, die auf dem Grundstücke ruht. Dies zu tun ist man gezwungen aus der Erwägung heraus, daß die Verpflichtung des Eigentümers zur Zustimmung den jedesmaligen Eigentümer trifft, also unabhängig von der Person des Eigentümers auf dem Eigentumsrecht ruht.

Es ist aber zu untersuchen, ob auch Z. P. O. § 266 Abs. 2 Anwendung findet, welcher lautet:

„Diese Bestimmung kommt insoweit nicht zur Anwendung, als ihr Vorschriften des bürgerlichen Rechts zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entgegenstehen. In einem solchen Falle findet, wenn der Kläger veräußert hat, die Vorschrift des § 265 Abs. 3 Anwendung.“

Unter den „Vorschriften des bürgerlichen Rechts zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten“ werden die Vorschriften der §§ 893 ff. verstanden.

Aus dem Grundbuche hat der neue Eigentümer ersehen, daß die Vormerkung besteht; daß der Anspruch besteht, daß also auch die Verpflichtung zur Zustimmung besteht, kann er nicht aus dem Grundbuche ersehen. Die Vorschriften zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, können also dem Erwerber des Rechts gegenüber, auf dem die Vormerkung ruht, in Beziehung auf die bestehende Vormerkung nicht in Betracht kommen. Z. P. O. § 266 Abs. 2 entfällt Die Vormerkung bewirkt, daß der neue Eigentümer zur Erfüllung des „vorgemerkten“ Rechts mitwirken muß. Er

hat ja aus dem Grundbuche ersehen, daß der Anspruch vielleicht besteht. Man tritt also dem Interesse des neuen Erwerbers nicht zu nahe, wenn man § 266 Abs. 1 uneingeschränkt gegen ihn zur Anwendung bringt; er ist also „auf Antrag des Gegners verpflichtet, den Rechtsstreit in der Lage, in welcher er sich befindet, als Hauptpartei zu übernehmen“. Z. P. O. § 266 Abs. 1. [1])

Es erhebt sich die Frage, ob nach Z. P. O. § 325 das Urteil gegen den Rechtsinhaber nur dann Rechtskraft gegen den Rechtsnachfolger erlangt, wenn ihm die Rechtshängigkeit bekannt war oder dieselbe im Grundbuche eingetragen war, oder ob dies auch der Fall ist, wenn ihm die Rechtshängigkeit unbekannt war. Der zitierte Paragraph lautet:

> „Das rechtskräftige Urteil wirkt für und gegen die Parteien und diejenigen Personen, welche nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind oder den Besitz der in Streit befangenen Sache in solcher Weise erlangt haben, daß einer der Parteien oder ihr Rechtsnachfolger mittelbarer Besitzer geworden ist.
>
> Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung.
>
> Betrifft das Urteil einen Anspruch aus einer eingetragenen Reallast, Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, so wirkt es im Falle einer Veräußerung des belasteten Grundstücks in Ansehung des Grundstücks gegen den Rechtsnachfolger auch dann, wenn dieser die Rechtshängigkeit nicht gekannt hat . . . .“

Wenn das Gesetz dem Rechtsnachfolger des aus der Hypothek Belangten, der doch sogar die Einreden des Bürgen hat, eine so schwache Stellung gibt, daß das Urteil gegen ihn auch dann wirkt, wenn er die Rechtshängigkeit nicht gekannt hat, so muß man schließen, daß das gegen den Eigentümer aus B. G. B. § 888 ergangene Urteil auch gegen seinen Rechtsnachfolger wirkt, ohne daß er Kenntnis von dem Rechtsstreit hatte. Die Analogie deshalb zu leugnen, weil durch Z. P. O. § 325 Abs. 3 „offenbar dem Gläubiger die Befriedigung aus dem Grundstück erleichtert werden soll, die Klage aus der Hypothekenvormerkung dagegen nicht auf Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke, sondern auf Zustimmung

[1]) Fuchs, Grundbuchrecht, 1. Bd. Anm. 15. zu § 883 S. 119. A. M. Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 217.

des Beklagten zur Eintragung der Hypothek geht“ [1]), ist deswegen nicht zulässig, weil die Pflicht zur Zustimmung, eine auf dem Grundstück ruhende Verpflichtung [2]) (§ 266), den Eigentümer bei weitem nicht so schädigt, selbst wenn er durch die Nichtkenntnis der Rechtshängigkeit und die Rechtskraft des Urteils in seinen Rechten gekränkt würde, wie die Befriedigung aus dem Grundstück infolge der Klageerhebung aus der Hypothek [2]).

Mit Biermanns *argumentum e contrario* kann man nur folgern, daß in den Fällen, die nicht unter Absatz 3 fallen, Kenntnis von der Rechtshängigkeit nicht verlangt wird, daß also Abs. 2 durch das *argumentum* überflüssig wird.

Ein weiterer Grund, daß das Urteil gemäß § 888 auch gegen den Rechtsnachfolger rechtskräftig ist, wenn er die Rechtshängigkeit nicht gekannt hat, ergibt sich daraus, daß dem aus der Vormerkung gemäß § 888 Verpflichteten Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, nicht zur Seite stehen können, wie oben dargelegt ist.

7. Was den Gerichtsstand betrifft, in dem die Klage aus B. G. B. § 888 erhoben werden muß, so kommt Z. P. O. § 26 in Betracht, welcher lautet:

> „In dem dinglichen Gerichtsstande können persönliche Klagen, welche gegen den Eigentümer oder Besitzer einer unbeweglichen Sache als solchen gerichtet werden, . . . erhoben werden.“

Die Verpflichtung des Eigentümers zur Zustimmung gemäß § 888 trifft den Eigentümer als solchen, also ist der persönliche Gerichtsstand zuständig; neben ihm aber ist das Gericht für zuständig erklärt, in dessen Bezirk das Grundstück belegen ist [3]).

**B.** Welche Wirkung hat die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek, wenn der Schuldner nach Erhebung der Klage auf Bewilligung der Eintragung und nach Eintragung der Vormerkung das Grundstück veräußert?

1. Findet in diesem Falle § 265 Abs. 1 und 2 Anwendung?

[1]) Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 218. [2]) Ebendort S. 217.
[3]) In Ergebnis übereinstimmend Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. 1, S. 120; mit Recht bekämpft von Biermann a. M., Widerspruch und Vormerkung, S. 217.
[4]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 52 S. 44. Reichel im 46. Bande von Iherings Jahrbüchern, S. 110.

Dieser lautet:

„Die Rechtshängigkeit schließt das Recht der einen oder der anderen Partei nicht aus, die in Streit befangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch abzutreten.

Die Veräußerung oder Abtretung hat auf den Prozeß keinen Einfluß. Der Rechtsnachfolger ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners den Prozeß als Hauptpartei an Stelle des Rechtsvorgängers zu übernehmen oder eine Hauptintervention zu erheben.“

Ist das Grundstück durch die Erhebung der Klage eine im Streit befangene Sache im Sinne des Paragraphen 265 Z. P. O.?[1])

Durch die Klage aus dem persönlichen Anspruche auf Eintragung der Hypothek wird das Grundstück nicht eine im Streit befangene Sache. Durch die Eintragung der Vormerkung wird der persönliche Anspruch nicht im geringsten beeinflußt: also wird auch durch die Eintragung der Vormerkung das Grundstück nicht eine im Streit befangene Sache[2]).

2. Findet in obigem Falle § 266 Anwendung (den Text siehe oben S. 23. Mit anderen Worten:

Ist der in Rede stehende Rechtsstreit ein Rechtsstreit „über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts, welches für ein Grundstück in Anspruch genommen wird, oder einer Verpflichtung, welche auf einem Grundstücke ruhen soll?“ — Der Anspruch auf Eintragung der Hypothek ist, obwohl er vorgemerkt ist, kein Recht, welches für ein Grundstück in Anspruch genommen wird. Der Rechtsstreit ist auch nicht über eine Verpflichtung anhängig, welche auf dem Grundstücke ruht[3]). Eine solche ist die Verpflichtung aus der Vormerkung gemäß § 888. Aber über sie ist der Rechtsstreit nicht anhängig. Diese Verpflichtung hat nicht der Schuldner, solange er Eigentümer ist. Sie entsteht erst durch den Eigentumswechsel in dem neuen Erwerber. Weil also über sie nicht gestritten wird, so ist der neue Eigentümer nicht „verpflichtet, den Rechtsstreit in der Lage, in welcher er sich befindet, zu übernehmen“[4]).

3. Findet Z. P. O. § 325 Anwendung? (Der Paragraph ist oben S. 24 wiedergegeben). Die erste Voraussetzung dazu ist, daß der Erwerber Rechtsnachfolger des Beklagten ist. Er

[1]) Sekler, d. L. v. V., § 18 IV 3 S. 204.
[2]) Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 216.
[3]) A. A. Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, § 13 S. 123.
[4]) Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 216.

ist Rechtsnachfolger in das Eigentum. Deswegen ist er nicht Rechtsnachfolger in dem Sinne des § 325. Dies wäre er nur, wenn das Grundstück eine im Sinne des § 265 Z. P. O. im Streit befangene Sache wäre[1]). Rechtsnachfolger im Sinne des § 325 ist er aber, wenn er Rechtsnachfolger in die Verpflichtung des Schuldners ist.

Es ist also ein Irrtum, die Frage der Anwendbarkeit des § 325 abzustellen auf die Frage, ob das Grundstück eine im Streit befangene ist.

Die Verpflichtung des zur Abgabe der Zustimmung aus B. G. B. § 888 Verpflichteten entsteht, wie Hellwig [2]) sagt, „kraft der Nachfolge in das belastete Recht bei dem ersten Erwerber". Wenn sie Rechtsnachfolge aus der obligatorischen Verpflichtung des Schuldners ist, was Hellwig nicht behauptet, erst dann ist der Schluß, den Hellwig S. 258 zieht, rechtfertigt. Weil aber eine Rechtsnachfolge in die volle persönliche Verpflichtung nicht vorliegt, also der Erwerber nicht durch die Rechtskraft zur Eintragungsbewilligung verpflichtet ist, so kann nur eine Rechtsnachfolge in einen Teil der schuldnerischen Verpflichtung vorliegen, weil der Erwerber höchstens, soweit die Vormerkung reicht, verpflichtet ist, also zur Zustimmung zur Eintragungsbewilligung.

Also ist die Frage, ob die Verpflichtung zur Zustimmung zur Eintragungsbewilligung ein Teil der Verpflichtung zur Eintragungsbewilligung ist. Der Schuldner bleibt aber nach wie vor verpflichtet zur vollen Verwirklichung des Anspruchs. Nachdem er das Grundstück veräußert hat, ist er auch verpflichtet, die Zustimmung des neuen Erwerbers zur Auflassung zu verschaffen (B. G. B. § 182 ff.), damit seine Auflassung gültig wird. Das Recht des Gläubigers aus § 888 tritt als ein neues Recht neben die Obligation.

Mithin ist der neue Erwerber nicht Rechtsnachfolger des Schuldners.

Daß das Grundstück keine im Streit befangene Sache ist, ist oben unter 1. S. 26 gezeigt worden. Man kann jetzt hinzufügen: Weil die auf dem Grundstücke ruhende Verpflichtung des Erwerbers aus B. G. B. § 888 nicht folgt aus der Verpflichtung des Schuldners, ist der Rechtsstreit zwischen Gläubiger und Schuldner kein Rechtsstreit über eine auf dem Grundstücke ruhende Verpflichtung, auch nicht, nachdem das Grundstück veräußert worden ist. Also ist das Grundstück

---

[1]) Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 216.
[2]) Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, S. 256.

in diesem Rechtsstreit noch weniger eine im Streit befangene Sache. Mithin entfällt die Anwendung des § 325[1]).

**C.** Welche Wirkung hat die Vormerkung in Beziehung auf das Zubehör?

Die Vormerkung dient in dem in Rede stehenden Falle zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek. Nach B. G. B. § 314, welcher lautet:

> „Verpflichtet sich jemand zur Veräußerung oder Belastung einer Sache, so erstreckt sich die Verpflichtung im Zweifel auf das Zubehör der Sache“

und nach B. G. B. § 1120, welcher lautet:

> „Die Hypothek erstreckt sich..... auf das Zubehör des Grundstücks mit Ausnahme der Zubehörstücke, welche nicht in das Eigentum des Eigentümers des Grundstücks gelangt sind“

erstreckt sich der Anspruch auf die Hypothek sowohl wie die Hypothek auf das Zubehör. Der Anspruch kann sich allerdings auch erstrecken auf Zubehörstücke, welche dem Schuldner nicht gehören. Die Vormerkung kann aber nur Sachenrechte des persönlich Verpflichteten ergreifen in dem Zustande, wie sie sind z. Zt. der Eintragung der Vormerkung, und zwar kann sie sich nur erstrecken auf das Grundstück und sein Zubehör. Also auch Sachen des verpflichteten Eigentümers, die später bei der Bestellung der Hypothek Zubehörstücke werden sollen, aber es noch nicht sind, können durch die Vormerkung nicht gefaßt werden. Das Zubehör des Grundstücks wird also so weit durch die Vormerkung mitergriffen, als es im Eigentum des Schuldners steht und es von der Hypothek ergriffen wird. Es wird frei gemäß den Vorschriften, nach welchen Zubehörstücke von der Haftung für die durch die Hypothek gedeckte Forderung frei werden (B. G. B. §§ 1121, 1122 und die Vorschriften, welche den Erwerb vom Nichtberechtigten infolge guten Glaubens zulassen) [2]). Die Vormerkung kann nicht mehr Gegenstände umfassen als das durch den gesicherten Anspruch erstrebte Recht. Sie muß aber so weit gehen, als ihr Zweck.

[1]) Vergleiche:
Reichel, Die Vormerkung im 46. Bande von Iherings Jahrbüchern, S. 110, und die dort Zitierten.
Eccius im 46. Bande von Gruchots Beiträgen, S. 765 f.

[2]) Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, § 16 II 4 S. 163. Der Erwerber ist bösgläubig, wenn er etwa durch Benachrichtigung durch den Gläubiger weiß, daß das zu erwerbende Zubehörstück der beanspruchten Haftung für die Hypothek unterliegt. Kenntnis von der Vormerkung allein macht ihn nicht bösgläubig.

die Sicherung des Anspruches auf Eintragung einer Hypothek an dem Grundstücke mit Verhaftung seines Zubehörs, es erfordert.

Was die Erzeugnisse und die sonstigen Bestandteile des Grundstücks betrifft, so ergibt sich aus vorstehendem, daß diese auch der Vormerkung unterworfen sind.

Auch auf die Miet- und Pachtzinsforderungen, sowie die Forderungen gegen den Versicherer erstreckt sich nach B. G. B. § 1124 ff. die Hypothek; also wirkt die Vormerkung auch auf diese Forderungen ein. Auch diese Forderungen unterliegen der Wirkung der Vormerkung nur so lange, wie sie auch der Haftung für die Hypothek unterliegen würden. Hier finden im Gegensatz zu dem Zubehör und den Erzeugnissen, welche bewegliche Sachen sind, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Erwerb vom Nichtberechtigten infolge guten Glaubens keine Anwendung, weil diese Sätze sich nicht auf Forderungen beziehen [1]).

Aus vorstehendem folgt, daß der § 883 Abs. 2 Satz 1: „Eine Verfügung die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde", auch auf die Verfügungen über das Zubehör, die Erzeugnisse, die Bestandteile, die Miet-, Pachtzins- und Versicherungsforderungen Anwendung findet, daß also die Verfügungen über diese Gegenstände unwirksam sind, wenn der Schuldner die Hypothek bestellt.

Ein Recht aus § 888 kann der Gläubiger gegen die nunmehr Berechtigten nicht haben, denn § 888 soll nur die grundbuchmäßige Verwirklichung des Anspruchs ermöglichen. Der Gläubiger hat einen Anspruch auf Rückübertragung des Zubehörs etc. an den Schuldner, bei dem es dann von der Hypothek ergriffen wird. (Auch wenn der Gläubiger mit dem Anspruche auf Auflassung vorgemerkt ist, hat er nur einen

[1]) A. A. Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, § 16 IV S. 165. Er bestreitet die Wirkungen der Vormerkung auf die Miet- usw. Forderungen, „weil für die Wirkungen der Hypothek auf diese Forderungen die Beschlagnahme wesentlich sei. Weil aber bei der Hypothekenvormerkung eine Beschlagnahme nicht in Frage kommen könne, so seien auch die Rechtssätze, die mit der Beschlagnahme zusammenhängen, auf die Hypothekenvormerkung nicht übertragbar". Es ist richtig, daß bei der Hypothekenvormerkung eine Beschlagnahme nicht in Frage kommen kann. Der Zweck der Vormerkung aber ist, die Entstehung und die Wirkungen der Hypothek zu sichern, wie sie entstehen und wirken könnte zur Zeit der Eintragung. Weshalb soll die Vormerkung den Gläubiger im Stich lassen, wenn innerhalb eines Jahres nach dem Eintritt der Fälligkeit der Forderung (§ 1123 B. G. B. Abs. 2 S. 1) die Beschlagnahme zugunsten des inzwischen als Hypothekargläubiger eingetragenen Gläubigers erfolgt?

Anspruch auf Rückübertragung an den Schuldner, nicht an sich selbst, weil sonst die Vormerkung die Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrages über den Schuldner auf den nunmehr Berechtigten ausdehnen würde[1]).

Der Gläubiger erreicht also nicht mehr, als daß der Schuldner in die Lage versetzt wird, seine obligatorische Verpflichtung nach 883 B. G. B. so zu erfüllen, wie er es zu tun zur Zeit der Eintragung der Vormerkung imstande war.

**D.** Im vorstehenden ist dargelegt worden, daß die „Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, insoweit unwirksam ist, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde". (§ 883 Abs. 2 Satz 1.) Wer kann sich auf diese Unwirksamkeit berufen? [2]) Der Schuldner kann über das von der Vormerkung betroffene Recht verfügen. Er ist der Berechtigte. Erst wenn und wann der Schuldner die Obligation erfüllt, ist seine frühere Verfügung unwirksam. Weil aber der Schuldner der Berechtigte ist, kann der Vormerkungsberechtigte nicht eine nach B. G. B. § 185 unwirksame Verfügung des nicht berechtigten Schuldners durch Zustimmung wirksam machen[3]). Wenn der Gläubiger der Berechtigte sein sollte, so müßte doch der Schuldner durch dingliche Rechtsänderung den Vertrag erfüllt haben.

Die Unwirksamkeit der Verfügung kann nur dadurch gehoben werden, daß der Gläubiger seinen obligatorischen Anspruch oder die Vormerkung so weit einschränkt, als die Verwirklichung des Anspruchs, so weit er durch die Vormerkung gesichert ist, durch die Verfügung beeinträchtigt wird. Wenn man dies Zustimmung nennen will, so ist eine Berufung auf § 185 B. G. B. nicht statthaft.

Weil aber die Unwirksamkeit der Verfügungen und das Maß dieser Unwirksamkeit vom Belieben des Gläubigers abhängt, so können Dritte sich nicht auf die Unwirksamkeit berufen, solange der Wille des Gläubigers keine Verwirklichung erlangt hat; mithin so lange das dingliche Recht, dessen anspruchsmäßige Verwirklichung durch die Vormerkung gesichert ist, für den Gläubiger nicht eingetragen ist. Die Unwirksamkeit tritt nicht ein, solange jemand sich darauf berufen

[1]) A. M. Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 203.

[2]) Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd. § 177 II 1, S. 24.
Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, § 17 I 3, S. 173.

[3]) A. M. Reichel, Die Vormerkung im 46. Bd. von Iherings Jahrbüchern, S. 111.

könnte, und wenn sie vorhanden ist, so erschöpft sie sich. Nach der Verfügung kann sich niemand mehr auf das Nichtbestehen eines durch unwirksame Verfügung enstandenen Rechts berufen, weil es nicht mehr vorhanden ist. Man kann also die Unwirksamkeit nur eine suspensiv bedingte nennen, bedingt durch die Geltendmachung des Anspruchs durch den Gläubiger.

In dem Falle nun, „daß auf einem Grundstück eine Auflassungsvormerkung ruht, und der Eigentümer eine Hypothek bestellt“ [1]) und das Grundstück nachträglich aufgelassen, die Hypothek aber nicht gelöscht wird, können sich die nachstehenden Hypothekengläubiger nicht auf die Unwirksamkeit der vorgehenden Hypothek berufen; denn der Anspruch des Gläubigers ist noch nicht voll verwirklicht. Weshalb soll er nicht das Recht haben, den Schuldner aus der Schuld zu entlassen, wenn ihm die Valuta der Hypothek gezahlt wird? Wie können die nachstehenden Hypothekargläubiger ihre dingliche Rechtslage als beeinflußt erachten durch ein Schuldverhältnis zwischen dem Eigentümer und einem Dritten, auch wenn dazu die Verpflichtung des vorgehenden Hypothekargläubigers zur Zustimmung zur Löschungsbewilligung tritt, die ja selbst abhängig ist von dem zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden Rechtsverhältnisse?

Biermann [2]) meint, den nachstehenden Hypothekargläubigern „fehle es an einem Mittel, die Nichtigkeit der mit der Vormerkung kollidierenden Eintragung geltend zu machen, § 888 käme nicht zur Anwendung, also bliebe der Berichtigungsanspruch. Aber weil der Gläubiger nicht den Berichtigungsanspruch habe, so könnten ihn andere auch nicht haben.“

Hier wird wiederum die Meinung Biermanns widerlegt, daß in gewissen Fällen der Anspruch aus § 888 nichts anderes sei als der Berichtigungsanspruch. Denn ob der Gläubiger den Berichtigungsanspruch aus § 888 oder aus § 894 hat, ist, wenn es derselbe Anspruch ist, gleich. Also könnte man dem nachstehenden Hypothekargläubiger den Berichtigungsanspruch aus § 894 geben. In Wirklichkeit bewirkt die Vormerkung eine Unrichtigkeit des Grundbuchs weder, solange der gesicherte Anspruch noch nicht verwirklicht ist, noch wenn er noch nicht ganz verwirklicht ist.

Daß die Unwirksamkeit der Verfügung eine suspensiv bedingte ist, zeigt sich darin, daß der Inhaber des entgegenstehenden Rechts nicht bloß die Zustimmung zur Löschungsbewilligung oder zur Umschreibungsbewilligung des Schuldners

[1]) Biermann, Widerspruch, S. 157.
[2]) Biermann, Widerspruch, S. 157 u. 211.

geben kann, sondern auch diese Löschungsbewilligung und Umschreibungsbewilligung selbst erteilen kann, um die Verpflichtung des Schuldners zu erfüllen (B. G. B. § 267 [1]). In diesem Falle wird der Anspruch durch den Schuldner nicht verwirklicht, also bleibt die Verfügung, durch die der Inhaber des der Vormerkung widerstreitenden Rechts sein Recht erlangt hat, wirksam. Er kann vollwirksam zugunsten des Gläubigers verfügen.

Der erste Satz des 2. Absatzes des § 883 gilt nach Satz 2 desselben Absatzes auch, „wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt".

Aber nicht nur die durch eine rechtsgeschäftliche Verfügung entstandene Veränderung des Rechtszustandes des Grundstücks ist insoweit unwirksam, als sie die Verwirklichung des Anspruchs beeinträchtigen würde, sondern auch das Recht desjenigen, der unmittelbar kraft Gesetzes ein Recht erwirbt, kann die Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs nicht vereiteln[2]). Denn im anderen Fall wird der Zweck der Vormerkung, die Sicherung der Verwirklichung des Anspruchs, nicht ganz erreicht. Ist die Schuldnerin z. B. zur Einräumung der Hypothek verpflichtet, so kann nach Eintragung der Vormerkung die Verwirklichung des Anspruchs nicht mehr durch Schließung einer Ehe und das gesetzliche Nutznießungsrecht des Ehemannes beeinträchtigt werden. Die Schuldnerin hätte es ja auch nicht durch vertragsmäßige Gütergemeinschaft beeinträchtigen können.

**E.** Der dritte Absatz des § 883 lautet:

„Der Rang des Rechts, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, bestimmt sich nach der Eintragung der Vormerkung."

Der Abs. 2 umfaßt den Abs. 3 [3]); denn wenn eine Vormerkung auf Eintragung einer Hypothek eingetragen ist, nachher aber eine folgende Hypothek eingetragen wird, so ist die

[1]) Planck, Kommentar, 3. Bd. Bemerk. I 2a zu § 888. S. 127.
Biermann, Kommentar, Bemerk. 7 zu § 888 S. 74.
Hellwig, Rechtskraft, S. 254 Anm. 5.
Turnau und Förster, Das Liegenschaftsrecht, 1. Bd. S. 188.
Böhm, Das Reichsgrundbuchrecht, S. 44.
Reichel, Die Vormerkung im 46. Bd. von Iherings Jahrbüchern, S. 120.
Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, § 18 S. 184.

[2]) Fuchs, Grundbuchrecht, 1. Bd. S. 111 unter β.
Biermann, Widerspruch, S. 155.
Reichel im 46. Bd. von Iherings Jahrbüchern, S. 108.

[3]) Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, S. 132.

Bestellung der folgenden Hypothek insoweit unwirksam, als sie den Rang vor derjenigen Hypothek haben würde, die durch die Verwirklichung des Anspruchs entstanden ist. Der nachstehende Hypothekargläubiger ist also nach § 888 zur Zustimmung verpflichtet zur Eintragung des Vorrangs der in Verwirklichung des Anspruchs eingetragenen Hypothek vor der seinigen.

Wenn man [1]) nun sagt, daß Absatz 3 des § 883 zur grundbuchmäßigen Durchführung nicht des § 888 bedürfe mit der Begründung, daß § 883 Absatz 3 „direkt vorschreibe“: „Der Rang des Rechts bestimmt sich nach der Eintragung der Vormerkung“, so ist darauf zu erwidern, daß Absatz 2 ebenso direkt sagt: „Eine Verfügung .... ist unwirksam.“

Es ist auch nicht abzusehen, weshalb das Gesetz diejenigen, deren Recht nur dem Range nach durch die Eintragung der „vorgemerkten“ Hypothek beeinträchtigt wird, schlechter stellen sollte wie diejenigen, deren Rechte in anderer Beziehung durch die Eintragung der Hypothek, auf welche der Anspruch vorgemerkt ist, beeinträchtigt wird; denn diesen gegenüber muß der Gläubiger die Vormerkung, den Anspruch und die Beeinträchtigung beweisen. Das wirtschaftliche Interesse derjenigen, die eventuell im Range beeinträchtigt werden, ist unter Umständen nicht geringer als das Interesse derjenigen, die die Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs vereitelnde Rechte haben [2]).

Durch die Eintragung der Vormerkung hat der Gläubiger die Sicherheit erlangt, daß die Hypothek, deren Eintragung er beansprucht mit dem Range eingetragen werden kann, der der Vormerkung zukommt.

Der Rang der Vormerkung kann sich nicht anders bestimmen als nach B. G. B. § 879 durch die Reihenfolge und das Datum. Also richtet sich auch das Rangverhältnis zwischen mehreren Vormerkungen nach § 879. Der Gläubiger kann die Vormerkung löschen lassen, dadurch wird der persönliche Anspruch nicht beeinträchtigt, er verliert nur die Sicherung. Der Gläubiger kann auch mit der Vormerkung im Range

[1]) Biermann, Widerspruch, S. 160.

[2]) Derselben Meinung sind:
Plancks Kommentar, 3. Bd. Anm. I. 2b zu § 888, S. 127;
Achilles und Strecker, Die Grundbuchordnung, S. 135. Kretzschmar, Grundbuchrecht, 1. Bd. S. 196.
Anderer Meinung sind:
Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 160 und 207.
Turnau und Förster, Liegenschaftsrecht, 1. Bd. S. 188; Reichel, Die Vormerkung im 46. Bd. von Iherings Jahrbüchern, S. 115, 118, 119.

hinter solche dinglich Berechtigte treten, deren Rechtserwerb nach der Vormerkung eingetragen ist, also vielleicht infolge der Vormerkung nach § 883 unwirksam ist. Dann wird dieser Rechtserwerb wirksam; der persönliche Anspruch bleibt bestehen; er ist aber nur noch gesichert gegen Rechtsveränderungen, die nach dem neuen Range der Vormerkung diese beeinträchtigen. Dagegen kann die Vormerkung im Range nicht vorrücken, wenn sie den rechtlichen Zustand des Grundstückes in dem Umfange ergreift, wie er für die Verwirklichung des Anspruchs notwendig ist. Denn dann ginge sie über den Umfang der Obligation hinaus und wäre insoweit unwirksam, weil der Gläubiger aus ihr keinen von der Obligation unabhängigen Anspruch hat. Wenn aber die Vormerkung zur Zeit ihrer Eintragung nicht den ganzen Anspruch sichert, z. B. in dem Falle, daß der Gläubiger den Anspruch auf die erste Hypothek hat, der Schuldner aber vor Eintragung der Vormerkung die erste und die zweite Hypothek für zwei andere Gläubiger hat eintragen lassen, so kann die Vormerkung vorrücken bis an diejenige Stelle, an welcher ihre Wirkung die volle Sicherung der Verwirklichung des Anspruchs gibt. In obigem Beispiel kann also die Vormerkung an die erste Stelle rücken. Diese Rangverbesserung ist von der Zustimmung sämtlicher Berechtigten abhängig, deren Rechte durch die Vormerkung übersprungen werden, soweit sie nach § 888 Abs. 1 im Falle der Verwirklichung des Anspruchs zur Zustimmung verpflichtet sind.

Soll nämlich in obigem Beispiel die erste Hypothek an die dritte Stelle zurücktreten, so ist dazu nach B. G. B. § 888 Abs. 2 Satz 2 die Zustimmung des Eigentümers erforderlich. Die *ratio legis* ist, das Interesse des Eigentümers zu schützen, weil er die Hypothek erwerben kann. Aber dadurch, daß die Vormerkung an die erste Stelle träte, würde der bisherige zweite Hypothekargläubiger erster Hypothekargläubiger. Er erlangte also ohne Rechtsgrund eine Verbesserung seiner Rechtslage. Aber diese Rechtslage wäre abhängig geworden von der Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs. Wenn der Gläubiger den Anspruch auf die erste Hypothek durchsetzte, würde er die Verurteilung des Schuldners erlangen und die Verurteilung derjenigen Realberechtigten, die aus § 888 zur Zustimmung verpflichtet sind. Dazu gehört aber nicht der zweite Hypothekengläubiger; denn die Verfügung, durch die sein Recht begründet wurde, ist vor der Eintragung der Vormerkung erfolgt. Der vorgemerkte Gläubiger würde also durch die Rangverbesserung nichts erreichen, wenn nicht der zweite Hypothekargläubiger seine Zustimmung zu der

Rangverbesserung gibt und durch diese Rangverbesserung zur Zustimmung gemäß § 888 verpflichtet wird.

Also auch dann, wenn die „vorgemerkte“ Hypothek ihrem Umfange nach geringer ist als die zurücktretende, ist die Zustimmung des bisherigen zweiten Hypothekargläubigers erforderlich[1]). Und dies erscheint berechtigt. Zwar erfährt der zweite Hypothekargläubiger durch den Rücktritt des ersten einen ungerechtfertigten Vorteil, weil er an die erste Stelle rückt, zwar ist seine Stelle noch immer verbessert, auch wenn die Hypothek, deren Eintragung durch die Vormerkung gesichert war, eingetragen ist: aber woher soll der vorgemerkte Gläubiger das Recht nehmen, die Lage des Hypothekengläubigers zu verschlechtern, wenn er auch diese Lage vorher verbessert hat.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß die Folgerung — weil die Vormerkung mit anderen Vormerkungen und eingetragenen Grundstücksrechten sich in einem Rangverhältnisse gemäß B. G. B. § 879 befindet, muß auch § 880 entsprechende Anwendung finden — unzulässig ist. Die Natur der Vormerkung als Sicherung der Verwirklichung eines obligatorischen Anspruchs steht dem entgegen. Die Vormerkung steht einem eingetragenen Grundstücksrechte, was den Rang betrifft, nicht gleich: soweit geht weder das Gesetz noch eine strenge Schlußfolgerung. Die Rangänderung geschieht nicht nach den Vorschriften des § 880[2]).

Zu diesen Sätzen steht in schroffem Gegensatz die Behauptung, es bedürfe der Zustimmung des Eigentümers, wenn eine Hypothekenvormerkung zurücktreten soll. Sie sind eine Folgerung aus der oben dargelegten Ansicht des Kammergerichts; denn § 880 Absatz 2 Satz 2 besagt:

„Soll eine Hypothek .... zurücktreten, so ist ..., die Zustimmung des Eigentümers erforderlich.“

Wenn dieser Satz entsprechend angewendet wird, ergibt sich obige Behauptung. —

Diese Behauptung kann auch als Folgerung aus dem Satze auftreten: Die Vormerkung auf Einräumung einer Hypothek steht nach dem Erlöschen dem Eigentümer zu. Wenn dieser Satz richtig ist, so hat der Eigentümer ein lebhaftes Interesse an der Vormerkung, dasselbe Interesse, das er an dem Range einer Hypothek hat.

[1]) Vergleiche: Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht, 1. Bd. S. 161.

[2]) A. M. Das Kammergericht in einem Beschluß vom 17. Juni 1901. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann, 3. Bd. S. 231. Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts, herausgegeben von Johow und Ring, 22. Bd. S. A 311.

Wenn die Vormerkung einem eingetragenen Rechte in Beziehung auf den Rang gleichsteht[1]), und deshalb wie § 876 auch § 880 entsprechend anzuwenden ist, so ist auch der zweite Satz des zweiten Absatzes des § 880 entsprechend anzuwenden. Daraus folgt, daß das Gesetz der Ansicht ist, daß, wie der Eigentümer gegenüber einer Hypothek, er so auch dasselbe Interesse gegenüber einer Vormerkung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek hat, nämlich, daß er sie nach Erfüllung des Anspruchs selbst erwerben kann. Diese Schlußfolgerung hat das Kammergericht nicht gemacht.

Es ist am 11. Juli 1902 [2]) zu dem entgegengesetzten Ergebnis gelangt. Wenn man nämlich den Fehler vermeidet, aus dem Satze: „Der Rang des Rechts, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, bestimmt sich nach der Eintragung der Vormerkung“ ohne andere Begründung den Schluß zu ziehen, daß die Vormerkung hinsichtlich des Ranges einem eingetragenen Rechte gleichstehe, so kann man auf keine Weise zu dem Satze kommen, daß die Vormerkung nach dem Erlöschen des Anspruchs dem Eigentümer zusteht.

Der § 886 bestimmt:

> „Steht demjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird, eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird, so kann er von dem Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung verlangen.“

Er kann die Beseitigung verlangen, also nicht die Beseitigung nur für ihn, keine bloß relative Beseitigung. [3]) Das kann das Gesetz nicht bestimmen.

Hier steht also offenkundig, daß die Vormerkung ohne den persönlichen Anspruch zur Beseitigung reif ist, daß sie keine anderen Wirkungen hat als die Sicherung der Verwirklichung des Anspruchs. — Wenn man sagt:

Woher nehmen die nachstehend eingetragenen Hypothekengläubiger das Recht zu einer „zweifelsohne ungerechtfertigten Verbesserung ihrer Position, wenn sie an die Stelle vorrücken,

[1]) Kammergericht a. a. O.

[2]) Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, herausgegeben von Lobe, III. S. 330.

Das Recht, 6. Jahrgang, Nr. 22 S. 555.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamte, III. Band S. 158 ff.

Vergleiche auch die nicht schlüssige Darstellung von Philipsen, Die Vormerkung, § 10, S. 66.

[3]) Vergleiche Bruck, Die Eigentümerhypothek, S. 171.

die durch die Vormerkung einem anderen gesichert war?“ [1]) so ist zu erwidern: Die nachstehenden Hypothekargläubiger haben die Pflicht zur Zustimmung gemäß §§ 883, 888. Sie haben alle Einreden des Schuldners. Woher nähme der Eigentümer das Recht, diese Einreden zu unterschlagen, die nicht eingetretene Bedingung als eingetreten, die eingetretene als nicht eingetretene zu behandeln, den künftigen Anspruch als gegenwärtigen anzusehen, da nach § 888 die nachstehenden Hypothekargläubiger nur so weit zurückzutreten genötigt sind, als ihre Rechte die Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs schädigen. Zweifelsohne wäre das eine ungerechtfertige Verschlechterung ihrer Position. Man könnte höchstens an eine ungerechtfertigte Verbesserung der Stellung der nachstehenden Hypothekargläubiger denken, wenn der mit dem Anspruche vorgemerkte Gläubiger auf die Verwirklichung seines Anspruches oder auf die Vormerkung verzichtet. Aber wenn hier eine ungerechtfertigte Verbesserung der nachstehenden Gläubiger vorliegt, so liegt nicht minder eine ungerechtfertigte Verbesserung der Lage des Eigentümers vor. Weshalb soll sich die Verbesserung auf den Eigentümer beschränken? Übrigens läßt sie sich leicht auf den Eigentümer beschränken dadurch, daß die Hypothek in Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs eingetragen wird und sie der Eigentümer erwirbt. Die Rechte der nachstehenden Gläubiger finden ihren Schutz durch § 888. Was steht im Wege, eine Verpflichtung des Gläubigers dem Eigentümer gegenüber zuzulassen, die Verwirklichung des Anspruchs gegen den Schuldner durchzusetzen? Aus der Vormerkung freilich, oder aus dem durch die Vormerkung gesicherten Anspruch folgt eine solche nicht. Die eingetragene Hypothek kann der Eigentümer erwerben. Irrig ist also die Meinung Brucks [2]), es sei noch ungewiß, „ob der Vorgemerkte auch wirklich den Anspruch auf die Hypothek erwerben wird“.

„Aber die Haftung des Grundstücks sei schon jetzt eingetreten.“

Dies folgert er daraus, daß die Vormerkung ranggebend ist. — Die Vormerkung ist aber nicht ranggebend für die Haftung, sondern für das Recht, infolgedessen die Haftung eintritt (§ 883 III).

Durch die Vormerkung wird keine Grundstückshaftung herbeigeführt, sondern erst durch die Hypothek. Die Vormerkung des Anspruchs auf Auflassung ist also etwas ganz anderes als die

[1]) Bruck a. a. O.
[2]) Bruck, Die Eigentümerhypothek, S. 171.

„Erklärung des Eigentümers, daß sein Grundstück oder ein bestimmter Teil desselben haften soll, um als Sicherung zu dienen, wenn der Anspruch liquid wird".

Durch die Eintragung der Vormerkung wird dem schuldnerischen Eigentümer nur die Möglichkeit gesichert, seine Verpflichtung, die Haftung des Grundstücks durch die Eintragung der Hypothek in Zukunft herbeizuführen. Das Gesetz ist ferne davon, die Bewilligung der Vormerkung zu einer Bewilligung der Hypothek zu machen. Das Gesetzbuch weiß also nichts von der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek, die dem Eigentümer zufällt, wenn der Anspruch erlischt oder als künftiger nicht zur Entstehung kommt, ebensowenig wie es einen Anspruch auf Eintragung einer Hypothek kennt, der dem Schuldner zusteht.

Die größten Schwierigkeiten entstehen durch den durch das Bedürfnis nach kurzer Ausdrucksweise entstehenden Gebrauch von Wörtern, die den ihnen unterlegten Begriff darzustellen nicht geeignet sind. Wenn man die Vormerkung zur Sicherung der Verwirklichung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek oder, um mit dem Gesetze zu reden, die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek kurz eine vorgemerkte Hypothek nennt, so liegt es nicht ferne, darunter eine Hypothek zu verstehen (natürlich keine „wirkliche"), die vor ihrer eigenen Eintragung entsteht. Danach ist die Vormerkung also die vorgemerkte Hypothek, und als Hypothek wendet man auf sie die Sätze über die Eigentümerhypothek an.

Eine Beweisführung aus der Stellung der Vorschriften über die Vormerkung und über die Hypothek im Gesetzbuche ist neben einer Schlußfolgerung aus den Gesetzesvorschriften nebensächlich und irreführend [1]), wie sich aus dem Folgenden ergibt:

Im vorstehenden ist nur die Frage ins Auge gefaßt worden, ob dem Eigentümer, der zugleich Schuldner ist, die Vormerkung zufallen kann [2]), sie ist hier verneint worden, weil ihm nicht

[1]) Vergleiche den Beschluß des Kammergerichts vom 11. Juli 1902 a. a. O. Oben S. 36.
Unrichtig Bruck, Die Eigentümerhypothek, S. 173 Anm. 43.
Vergl. Othmer im 23. Bde. des Archivs für bürgerliches Recht, S. 169 ff.

[2]) Oberneck, Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis im 47. Bde. von Gruchots Beiträgen, S. 323, 324.
Fuchs, Grundbuchrecht, 1. Bd. Bemerkung 4b zu § 886, S. 137.
Biermann, W. u. V. S., 196, 197.
Dernburg, Das Sachenrecht, § 220 Anm. 3 S. 645.
Böhm, Das Reichsgrundbuchrecht, S. 44 unter B.
Köllner, Der Übergang des preußischen Praktikers in das deutsche Grundbuchrecht, S. 214, 215.
Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, § 15 I 2b S. 156.

der Anspruch gegen sich selbst zustehen kann; von den Gegnern wird sie bejaht, weil die Vormerkung in Beziehung auf den Rang dem eingetragenen Rechte gleichstehe, also einen Rangwert des Grundstücks fasse, demnach in Beziehung auf den Rang die Erfüllung des Anspruchs ist, welcher durch die Vormerkung gesichert wird.

Wie ist aber der Fall zu beurteilen, wenn der Schuldner als Eigentümer die Vormerkung auf Eintragung der Hypothek bewilligt hat, später aber der Gläubiger das Eigentum erwirbt? Weil die Vormerkung von der Forderung abhängig ist, ist die Frage zu beantworten: Was wird aus der Forderung auf Eintragung einer Hypothek, wenn der Gläubiger das Eigentum erwirbt? „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird" bestimmt § 362 Abs. 1. B. G. B., also erlischt es auch, wenn ein Mehr als die geschuldete Leistung bewirkt wird, also in dem Falle, wenn der Gläubiger statt der Hypothek des lastenfreie Eigentum erhält. Die Vormerkung ist also löschungsreif. Sie steht nicht dem Eigentümer zu.

Wie aber, wenn das Grundstück nach Eintragung der Vormerkung (z. B. durch Hypotheken) belastet worden ist? Dann erlangt der Gläubiger dadurch, daß er das Eigentum erlangt, nicht die Befriedigung seines Anspruches, sondern etwas anderes, denn in dem Wert des Eigentums ist der Wert des Anspruchs nicht enthalten. Über diesen Wert ist ja schon anderweitig durch den früheren Eigentümer verfügt worden. Also besteht der Anspruch des Gläubigers fort; das, worauf der Anspruch geht, hat hier ein anderer: der Anspruch ist noch nicht erfüllt [1]).

Die Vormerkung sichert fortgesetzt die Erfüllung des Anspruchs auf Eintragung der Hypothek gegen die nachstehenden Realberechtigten. Der Eigentümer und Gläubiger kann also von dem früheren Eigentümer und Schuldner die Bewilligung zur Eintragung einer Hypothek mit seiner und der nachstehenden Berechtigten Zustimmung verlangen (B. G. B. §§ 883, 2,3, 888). Statt auf die mit seiner Zustimmung erfolgende Eintragungsbewilligung des Schuldners zu klagen, kann der Gläubiger auch direkt die Eintragung beantragen. Die Eintragung kann aber nur mit Zustimmung der aus § 888 Verpflichteten erfolgen, denn ihre Rechte werden ja insoweit, als sie der Verwirklichung des Anspruchs entgegenstehen, unwirksam. —

An dieser Stelle erscheint wieder in hellem Lichte die Berechtigung der hier vertretenen Auffassung, daß die aus § 888

[1]) A. A. Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, § 14 IV 1b S. 135.

Verpflichteten auch trotz der Erfüllungsbewilligung des Schuldners und seiner Verurteilung hierzu die Einreden des Schuldners haben.

Ferner kann der Eigentümer, der nicht der Schuldner aus dem durch die Vormerkung gesicherten Anspruche, sondern nur gemäß § 888 verpflichtet ist, den Anspruch auf Eintragung einer Hypothek an seinem Grundstücke erwerben, wenn Verfügungen getroffen worden sind, welche der Vormerkung widerstreiten. Die Vormerkung bleibt bestehen. Der „persönliche" Schuldner bleibt zur Eintragungsbewilligung verpflichtet. Der Eigentümer und Gläubiger ist, ebenso wie die nachstehenden Hypothekargläubiger, zur Zustimmung verpflichtet. Der Eigentümer ist auch berechtigt, für sich selbst mit Zustimmung der nachstehenden Hypothekargläubiger die Hypothek eintragen zu lassen.

Aus dem Vorhergehenden folgt, daß die Vormerkung zur Sicherung der Verwirklichung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek dem Eigentümer des Grundstückes zusteht in allen den Fällen, in denen der Eigentümer nicht zugleich Schuldner ist, sofern nach der Eintragung der Vormerkung dieser widerstreitende Verfügungen getroffen worden sind.

Man wird vielleicht sagen:

Was hindert nun den Eigentümer, eine Vormerkung eintragen zu lassen, durch welche der Anspruch des eingetragenen Eigentümers gegen den X auf Eintragung einer Hypothek gesichert wird? Diesen Anspruch braucht X ja nicht zu erfüllen, das kann der Eigentümer selbst. Der Eigentümer ist jetzt in der Lage, über die Vormerkung wie über eine Eigentümerhypothek zu verfügen, indem er seine Forderung an einen neuen Gläubiger zediert und die Schuld des X übernimmt?

Darauf ist zu entgegnen, daß die Eintragung jener Vormerkung unzulässig ist. Ein Anspruch liegt allerdings vor. Der Schuldner aber ist unvermögend zur Leistung. Wenn dies der Fall ist, also der Schuldner gar nicht an der Sache berechtigt ist in der Weise, daß er die Verpflichtung im Augenblicke der Eintragung der Vormerkung erfüllen könnte, so kann keine Vormerkung eingetragen werden. Denn die Vormerkung hat die Wirkung, die Verwirklichung des Anspruchs zu sichern, soweit der Schuldner zur Erfüllung des Anspruchs im Augenblicke der Eintragung der Vormerkung imstande ist. Wo ein Vermögen zur Leistung nicht vorhanden ist, kann keine Sicherung dieses Vermögens stattfinden; eine Vor-

merkung hat also keinen Raum. (Ausnahme: Der Eigentümer ist eventueller Inhaber der Hypothek. B. G. B. § 1179[1]).

Hinwiederum steht nichts im Wege, daß der Eigentümer gewordene „vorgemerkte" Gläubiger oder der „vorgemerkter" Gläubiger gewordene Eigentümer seinen Anspruch auf Eintragung der Hypothek an dem Grundstücke samt der Vormerkung weiter zediert.

Folgt aus dem Satze, daß der Anspruch wie die Vormerkung unter Umständen dem Eigentümer zustehen kann, ein Interesse des Eigentümers an der Hypothekenvormerkung, welches zur analogen Anwendung des Satzes 2 des 2. Absatzes des § 880 zwingt, also dazu, die Zustimmung des Eigentümers zu verlangen, wenn eine Vormerkung auf Eintragung einer Hypothek zurücktreten soll? Dies ist zu verneinen. Denn der Eigentümer und Schuldner hat ja gar keine Aussicht, den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch zu erlangen. In dem Augenblicke nämlich, in dem er ihn erlangt, erlischt er. Der Eigentümer aber, der nicht Schuldner ist, hat kein größeres Interesse an dem „vorgemerkten" Anspruche als jeder Unbeteiligte, der ebenso gut den Anspruch samt der Vormerkung erwerben kann. Wegen dieser unwahrscheinlichen Rechtsnachfolge des Eigentümers in den Anspruch kann man ihm nicht das Recht auf die Zustimmung des § 880 zusprechen. Wie ganz anders liegt der Fall bei der Hypothek, für die der Eigentümer mit dem Grundstücke haftet, und die, wenn er den Gläubiger befriedigt, ihm zufällt. Wenn bei der Vormerkung der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, so erwirbt er nicht das Recht des Gläubigers, etwa den Anspruch samt der Vormerkung, sondern er verwirklicht das Recht des Gläubigers derart, daß nichts von dem Anspruch des Gläubigers übrig bleibt als die bei dem erfüllten Anspruch inhaltslose Vormerkung.

Wenn also eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek zurücktreten soll, so ist die Zustimmung des Eigentümers nicht notwendig.

[1]) Vergleiche: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 20, S. 244.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, 6. Bd. Jahrgang 1903 (1. Halbjahr) S. 152.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bd. 3. 1902. S. 129 ff.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, 10. Bd. 1900, S. 627.

Plancks Kommentar, Anmerkg. 1 c zu § 883, S. 114.

## III. Wirkungen der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek in der Zwangsvollstreckung.

Oben ist der Satz 2 des 2. Absatzes des § 883 angeführt worden, wodurch bestimmt ist, „daß eine Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung ebenso wie eine Verfügung des durch die Vormerkung betroffenen Berechtigten, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, unwirksam ist, insoweit als sie den Anspruch beeinträchtigen würde".

§ 9 des Gesetzes „über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung" bestimmt:

> „In dem Verfahren gelten als Beteiligte außer dem Gläubiger und dem Schuldner:
>
> 1). Diejenigen, für welche zur Zeit der Eintragung des Vollstreckungsvermerkes ein Recht im Grundbuch eingetragen oder durch Eintragung gesichert ist."

Der Anspruch auf Eintragung einer Hypothek, dessen Verwirklichung durch die Vormerkung gesichert ist, ist, wie im Sprachgebrauche des Bürgerlichen Gesetzbuches ein „gesicherter" Anspruch, so im Sprachgebrauche des Zwangsversteigerungsgesetzes ein „gesichertes" Recht (d. h. Buchrecht). Also ist der Gläubiger in unserem Falle „Beteiligter" nach § 9 Nr. 1 Zw. G.

Ferner bestimmt Zw. G. § 48:

> „Bedingte Rechte sind wie unbedingte, Rechte, die durch Eintragung eines Widerspruchs oder einer Vormerkung gesichert sind, wie eingetragene Rechte zu berücksichtigen."

Hierin ist gesagt: Wie eine Hypothek wird behandelt die Hypothek, die durch Eintragung einer Vormerkung gesichert ist. Es ist aber oben gezeigt worden, daß die Hypothek nicht gesichert werden kann, weil sie noch nicht besteht.

(Durch einen Widerspruch wird ein Recht, das wie ein eingetragenes berücksichtigt werden kann, gesichert, nicht durch eine Vormerkung.)

Weil es nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche nur einen durch Vormerkung gesicherten Anspruch gibt, muß man eine kurze ungenaue Ausdrucksweise des Gesetzes annehmen. Es

müßte in der Sprache des Bürgerlichen Gesetzbuches heißen: Wie eine Hypothek wird behandelt der durch Vormerkung gesicherte Anspruch auf Eintragung der Hypothek.

In unserem Falle wird also die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek, wenn sie dem in gewissem Umfange vielleicht „unwirksamen“ Rechte des betreibenden Gläubigers vorgeht, mit dem Betrage der Hypothek bei der Bestimmung des geringsten Gebotes (Zw. G. § 44) mitgerechnet.

Wir haben aus dem Bürgerlichen Gesetzbuche gefolgert, daß die Ausdrucksweise des Zw. G. § 48 nicht korrekt ist; wenn man aber den Wortlaut anerkennt und von ihm ausgeht, so kommt man zu Schlüssen wie Othmer[1]), daß das „vorgemerkte Recht schon da ist“ — (natürlich, wenn es durch Vormerkung wie durch einen Widerspruch gesichert werden kann, muß es vorhanden sein) — und ihm nur die definitive Eintragung fehlt.

Von dem vorgemerkten Anspruche gilt, wenn er in das geringste Gebot aufgenommen ist, Zw. G. § 52, A. 1. S. 1:

> „Ein Recht bleibt insoweit bestehen, als es bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt und nicht durch Zahlung zu decken ist.“

Es gilt ferner Zw. G. § 50, A. 1, S. 1, welcher lautet:

> „Soweit eine bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigte Hypothek . . . . nicht besteht, hatte der Ersteher außer dem Bargebot auch den Betrag des berücksichtigten Kapitals zu zahlen.“

Wenn also der Gläubiger mit seinem Anspruche auf Eintragung der Hypothek nicht durchdringt, so hat der Ersteher den Betrag der Hypothek zu zahlen, deren Bestellung der „Gläubiger“ unberechtigterweise beanspruchte.

Steht die Vormerkung dem Rechte des betreibenden Gläubigers im Range nach, so erlischt sie nicht, wenn sie nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben soll.

Denn § 91, A. 1 besagt:

> „Durch den Zuschlag erlöschen . . . . die Rechte, welche nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben sollen.“

Das Recht des Gläubigers bleibt aber nach den Versteigerungsbedingungen bestehen, wenn nach § 59, A. 1, (welcher lautet:

> „Jeder Beteiligte kann eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Feststellung des geringsten Gebots

[1]) Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung, S. 66, 67.

und der Versteigerungsbedingungen verlangen. Wird durch die Abweichung das Recht eines anderen Beteiligten beeinträchtigt, so ist dessen Zustimmung erforderlich.“)

er eine entsprechende Bestimmung in die Versteigerungsbedingungen durchgesetzt hat.

Auch durch Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Ersteher kann nach § 91, A. 2 die Vormerkung erhalten bleiben.

Wenn die Vormerkung erlischt (§ 52 Zw. G.) kann der Gläubiger seinen Anspruch in Höhe des Geldbetrages der Hypothek aus dem Versteigerungserlöse zu befriedigen suchen wie ein eingetragener Hypothekengläubiger (vergleiche Zw. G. § 92, A. 1).

Der Anspruch des vorgemerkten Gläubigers wird in den Teilungsplan aufgenommen nach Zw. G. § 114.

Wenn der Anspruch des Gläubigers bedingt ist, so gelten Zw. G. §§ 119, 120. Danach ist „wenn auf einen bedingten Anspruch ein Betrag zugeteilt wird, durch den Teilungsplan festzustellen, wie der Betrag anderweit verteilt werden soll, wenn der Anspruch wegfällt; wenn der Anspruch aufschiebend bedingt ist, so ist der Betrag zu hinterlegen.“ Wie ist es aber, wenn der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch des Gläubigers zwar unbedingt ist, aber dennoch nicht zur Verwirklichung gelangt, etwa weil er nicht besteht (der Anspruch im prozessualen Sinne besteht nicht als Anspruch im materiell-rechtlichen Sinne).

Diesen Fall hat das Gesetz nicht geregelt. Es behandelt sonst bedingte Rechte wie unbedingte, Rechte, die durch Widerspruch oder Vormerkung „gesichert“ sind, wie eingetragene Rechte. Aber an dieser Stelle war eine besondere Regelung nötig für bedingte und „gesicherte“ Rechte[1]). Für bedingte Rechte ist die Regelung geschaffen worden, für „gesicherte“ nicht. Die *ratio legis* nötigt dazu, die „gesicherten“ Rechte wie aufschiebend bedingte zu behandeln.

(Übrigens ist zu berücksichtigen, daß allerdings die Verwirklichung des Anspruchs, die durch die Vormerkung

[1]) Vergleiche Biermann, W. u. V., S. 166.

Reichel, Die Vormerkung im 16. Bande von Iherings Jahrbüchern, S. 127; ungenau.

Kretzschmar, Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken im 11. Bande des Sächsischen Archivs 1901, S. 190, 191, 193.

Priester, Die alte und die neue Vormerkung im 22. Bande des Archivs für bürgerliches Recht, 1903. S. 177, 178.

Kretzschmar im „Recht“, VII. Jahrgang, S. 590.

gesichert werden soll, durch die Durchführung des Anspruchs „bedingt“ ist.)

Nach dem Zwangsversteigerungsgesetze sind also nicht nur bedingte Rechte wie unbedingte Rechte, die durch Widerspruch oder Vormerkung „gesicherten“ Hypotheken wie eingetragene Hypotheken zu behandeln; es werden auch durch Vormerkung „gesicherte“ Hypotheken wie bedingte behandelt.

Deswegen ist aber die „vorgemerkte“ Hypothek keine bedingte Hypothek[1]); ebenso gut könnte man schließen, sie sei eine eingetragene Hypothek oder mit Othmer[2]) (dem der letzte Schluß zu gewagt erscheint, weil die Hypothek nach Ausweis des Grundbuchs noch nicht eingetragen ist), sie sei eine (nicht eingetragene, unbedingte) Hypothek.

In Zw. G. § 184 (welcher lautet:

„Ein Miteigentümer braucht für sein Gebot keine Sicherheit zu leisten, wenn ihm eine durch das Gebot ganz oder teilweise gedeckte Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld zusteht“)

ist nach § 48 unter der Hypothek, die dem Miteigentümer zusteht, auch der durch eine Vormerkung gesicherte Anspruch auf Einräumung einer Hypothek zu verstehen[3]), der dem Miteigentümer zusteht. Dies kann nach dem früher Gesagten nur so weit der Fall sein, als nicht der Miteigentümer sich selbst gegenüber der aus dem Anspruch Verpflichtete sein soll. —

---

[1]) Vergl. Scherer, Sachenrecht, Anm. 107, S. 57, der behauptet, die Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung bewirke ein durch den Nachweis des Anspruchs selbst bedingtes Recht auf die Sache.

[2]) Othmer, Wirkung der Vormerkung, S. 67.

Vergl. auch Othmer im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 23, S. 176.

[3]) Jaeckel, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. Kommentar, Anmerk. zu § 184, S. 585.

Neumann, Joh., Vormerkung und Veräußerungsverbot in der Juristisch. Wochenschrift, 31. Jahrgang S. 458.

Vergl.: Wolff, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Anm. 6 zu § 67, S. 161.

Turnau und Förster, Das Liegenschaftsrecht, 1. Bd, S. 165 unter h.

Priester, Die alte und die neue Vormerkung im 22. Bande des Archivs für bürgerliches Recht. 1903. S. 178.

## IV. Wirkungen der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek im Konkurse.

1. Nach B. G. B. § 883, A. 2 ist eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, auch wenn diese Verfügung durch den Konkursverwalter erfolgt.

2. Der § 24, S. 1, K. O. bestimmt:

„Ist zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstücke des Gemeinschuldners oder an einem für den Gemeinschuldner eingetragenen Rechte . . . . eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen, so kann der Gläubiger von dem Konkursverwalter die Befriedigung seines Anspruchs verlangen."

Wenn der zur Eintragung einer Hypothek verpflichtete Schuldner zur Sicherung dieses Anspruchs eine Vormerkung hat eintragen lassen und er nachher in Konkurs verfällt, so kann der Gläubiger von dem Konkursverwalter die Eintragungsbewilligung der Hypothek verlangen. Die Verpflichtung des Konkursverwalters aus der Vormerkung ist ebenso abhängig von dem Bestehen des Anspruchs des Gläubigers wie diejenige des gemäß B. G. B. § 888 Verpflichteten. Sie besteht nur, wenn der Anspruch besteht und soweit er besteht[1]). Der Konkursverwalter hat alle Einwendungen des Schuldners. Soweit dagegen der Anspruch des Gläubigers durch die Vormerkung nicht gesichert ist, steht es dem Gläubiger frei, seinen Anspruch als Konkursforderung geltend zu machen, unabhängig von der Vormerkung. Während also die Vormerkung keine Wirkung äußert, solange der „persönliche" Schuldner keine der Vormerkung widerstreitende Verfügung trifft, übt sie im Konkurse des Schuldners die Wirkung nach K. O. § 24 aus, ohne daß eine der Vormerkung widerstreitende Verfügung getroffen worden ist. Der Konkursverwalter hat nur die Verpflichtung des Schuldners zu erfüllen; aber, wenn die Vormerkung nicht eingetragen wäre, brauchte er sie eventuell nicht zu erfüllen (§ 17 [2]). —

[1]) Biermann, W. u. V., S. 164.

[2]) Sekler, d. L. v. d. V., § 21, V 1 c, S. 235.

Planck[1]) irrt also, wenn er sagt, die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners habe auf die materiell rechtlichen Wirkungen der Vormerkung keinen Einfluß.

Im Gegenteil, durch die Eröffnung des Konkurses beginnt, abgesehen von der Verfügungsbeschränkung des Schuldners (die keine Wirkung hat, so lange keine widerstreitenden Verfügungen getroffen werden), die Vormerkung ihre Wirkung, und diese Wirkung ist, daß der Konkursverwalter die Verpflichtung des Schuldners zu erfüllen hat wie der Schuldner, daß die Verwirklichung des Anspruchs gesichert ist gegen die Folgen der Konkurseröffnung, gegen die Insuffizienz der Masse und das Wahlrecht des Konkursverwalters.

Strecker[2]) gibt dem Konkursverwalter das Wahlrecht, „weil der Inhalt des obligatorischen Anspruchs durch die Vormerkung nicht geändert werde". Auch nach unserer Ansicht wird durch K. O. § 24 der Inhalt des obligatorischen Vertrages nicht geändert, sondern im Gegenteil erhalten gegen die Wirkungen des Konkurses, entsprechend dem Zwecke der Vormerkung.

Ist der zur Zustimmung gemäß B. G. B. § 888 Verpflichtete in Konkurs gefallen, so kann der Gläubiger nicht, wie aus dem Wortlaut des § 24 K. O. sich vielleicht ergeben möchte, die Befriedigung des gesicherten Anspruchs von dem zur Zustimmung Verpflichteten verlangen, ebensowenig wie er es von dem Gemeinschuldner kann. Aber die Pflicht zur Zustimmung besteht nicht nur für den Gemeinschuldner, sondern auch für den Konkursverwalter, welcher aller Verteidigungsmittel, die dem Schuldner zu Gebote stehen, sich bedienen darf[3]).

Mit dem Gesagten steht es im Widerspruch, wenn manche Schriftsteller dem Gläubiger, dessen Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist, im Konkurse des Schuldners ein Absonderungsrecht nach K. O. § 47 geben. Dieser lautet:

> „Zur abgesonderten Befriedigung dienen die Gegenstände, welche der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen, für diejenigen, welchen ein Recht auf Befriedigung aus denselben zusteht."

[1]) Planck, Kommentar, Bd. 3 Anmerk. 1[1] zu § 888, S. 125.

[2]) Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Recht an Grundstücken, S. 116.

[3]) Ist der Schuldner des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek nach Veräußerung des Grundstücks in Konkurs gefallen, so greift § 24 K. O. nicht Platz. Wenn der Anspruch besteht, wird der Konkursverwalter ihn im Interesse der Masse gerne erfüllen. A. A. Sekler, d. L. v. d. V., S. 234.

Der Gläubiger in unserem Beispiele hat vielleicht ein Recht auf Rückgabe eines Darlehns; für diese Forderung hat er kein Absonderungsrecht, für diese Forderung steht ihm ein Recht auf Befriedigung aus einem der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegenden Gegenstande nicht zu. Der Gläubiger hat ferner einen Anspruch auf die Eintragung der Hypothek. Der Anspruch ist ein persönlicher. Seine Verwirklichung ist durch die Vormerkung gesichert. Was soll hier eine Befriedigung aus dem Grundstücke? Der Gläubiger will ja nur die Hypothek, auf die er einen Anspruch hat. Erst wenn er die Hypothek hat, hat er einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke[1]). Erst als Hypothekargläubiger ist er Absonderungsberechtigter gemäß K. O. § 47. Es liegt keine Notwendigkeit vor, die Wirkung der Hypothek vorweg zu nehmen. Der Gläubiger ist ja für alle Fälle geschützt durch B. G. B. § 883 Abs. 2. Weder Zwangsvollstreckung noch Arrestvollziehung noch Konkurs können die Verwirklichung des Anspruchs gefährden und damit das infolge der Verwirklichung des Anspruchs entstehende Befriedigungsrecht aus dem Grundstücke und das Absonderungs- oder Aussonderungsrecht im Konkurse[2]). Ebensowenig kann der Gläubiger sich aus dem Grundstücke befriedigen wegen seines Anspruchs auf Zustimmung gemäß B. G. B. § 888.

Die Vormerkung gewährt also kein Absonderungsrecht, dies so wenig wie ein Aussonderungsrecht, denn sie gewährt kein Recht zur Befriedigung aus dem Grundstück (und kein Eigentum), aber sie stellt den Erwerb des Aussonderungsrechts (oder Absonderungsrechts) sicher[3]).

---

[1]) Der vorgemerkte Gläubiger hat weder die Hypothekenklage noch die Gefährdungsklage aus B. G. B. § 1133.
Biermann, W. u. V. S. 196.
Turnau und Förster, Das Liegenschaftsrecht, 1. Bd. S. 164 unter G.
Philipsen, Die Vormerkung, S. 69.
Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, § 15 S. 155.
A. A. Dernburg, Das Sachenrecht, § 237 Nr. 3 S. 695 und Fuchs, Grundbuchrecht, 1. Bd. Anmerk. 9 X zu § 883 S. 115.

[2]) Goldmann und Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1. Teil S. 554.
A. A.: Turnau und Förster, Das Liegenschaftsrecht, 1. Bd. S. 165 unter i.
Biermann, Das Sachenrecht, Anmerk. 3c zu § 883 S. 65. W. und V., S. 164, 200.
Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I Anmerk. 13 aa zu § 883 S. 118.
Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht, S. 177.
Staudinger, Kommentar, Bd. 3 S. 80.
Neumann, Joh., Vormerkung und Veräußerungsverbot im 31. Jahrgang der Juristischen Wochenschrift, S. 457.
Sekler, d. L. v. d. V, S. 235.

[3]) Vergleiche: Jaeger, Konkursordnung, S. 118.

Biermann[1]) will dem Gläubiger ein Absonderungsrecht (ohne Begründung), aber kein Aussonderungsrecht gewähren. Daß der Gläubiger kein Aussonderungsrecht habe, beweist er u. a. damit, daß der § 1971 B. G. B. diejenigen Gläubiger, deren Ansprüche durch Vormerkungen gesichert sind, und diejenigen Gläubiger, denen ein Aussonderungsrecht zusteht, einander gegenüberstellt. Er übersieht aber dabei, daß derselbe Paragraph diejenigen Gläubiger, die bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ein Recht auf Befriedigung aus diesem Vermögen haben, also ein Absonderungsrecht haben, denjenigen Gläubigern gegenüberstellt, deren Ansprüche durch Vormerkung gesichert sind.

K. O. § 193 Satz 2 bestimmt, daß die Rechte der Gläubiger aus einer zur Sicherung der Forderung eingetragenen Vormerkung durch den Zwangsvergleich nicht berührt werden.

Im vorstehenden ist angenommen worden, daß die Vormerkung vor Eröffnung des Konkurses eingetragen worden ist. Wenn der Schuldner nach Eröffnung des Konkurses die Vormerkung bewilligt, so greift K. O. § 7 Platz, welcher lautet:

> „Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, sind den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam; die Vorschriften der §§ 892, 893 des Bürgerlichen Gesetzbuches bleiben unberührt."

Demzufolge ist auch die auf Grund der Bewilligung des Gemeinschuldners eingetragene Vormerkung den Gläubigern gegenüber unwirksam. Wenn das nicht der Fall wäre, würde die Bestellung der Hypothek durch den Schuldner nach Eröffnung des Konkurses unwirksam sein, dagegen die vom Schuldner bewilligte Vormerkung den Konkursverwalter zur Bestellung der Hypothek verpflichten.

Aber man muß weiter gehen. K. O. § 6 lautet:

> „Mit der Eröffnung des Verfahrens verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten oder über dasselbe zu verfügen.
>
> Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch einen Konkursverwalter ausgeübt."

Es ist bestritten, ob die Bewilligung der Vormerkung eine Verfügung ist. (An dieser Stelle liegt die Notwendigkeit nicht vor, die Frage zu entscheiden.) Wenn sie eine Verfügung ist, so findet § 6 ohne weiteres Anwendung. Wenn

[1]) Biermann, Das Sachenrecht, Anmerk. 3c zu § 883 S. 65.

sie keine Verfügung ist, so muß § 6 auch auf sie angewendet werden, wie sich aus folgendem ergibt.

K. O. § 6 hat u. a. den Zweck, eine Verminderung des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens des Gemeinschuldners zu verhindern. Diese Verminderung herbeizuführen, sind Verfügungen geeignet und im Falle des Konkurses die Vormerkung, weil der Konkursverwalter zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs verpflichtet ist (K. O. § 24). Selbst wenn die Vormerkung keine Verfügung ist, so erfordert doch ihre besondere Behandlung gemäß K. O. 24 den besonderen Schutz der Gläubiger durch K. O. § 6.

Demnach „verliert mit der Eröffnung des Verfahrens der Gemeinschuldner die Befugnis", zur Sicherung eines gegen ihn gerichteten Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek eine Vormerkung auf einem zur Konkursmasse gehörigen Grundstücke eintragen zu lassen.

Hat dieser Satz keine größere Bedeutung als der aus K. O. § 7 abgeleitete Satz: Die nach Eröffnung des Konkurses bewilligte Vormerkung ist unwirksam? Nach diesem Satze ist die Verfügung und Eintragungsbewilligung des Gemeinschuldners nicht nur unwirksam, sie geschieht auf unbefugterweise: das will nach dem allgemeinen Sprachgebrauche mehr sagen und sagt nach dem Sprachgebrauche des Gesetzes mehr, weil sonst § 6 Abs. 1 durch § 7 Abs. 1 gedeckt wurde. Weil die Verfügung unbefugt ist, ist das Grundbuchamt nicht befugt, die Eintragung vorzunehmen. Das Grundbuch ist gegen die entsprechenden Eintragungen gesperrt. Die Verfügungsbefugnis (einschließlich der Befugnis, Vormerkungen zu bewilligen) wird nach Abs. 2 des § 6 durch den Konkursverwalter ausgeübt, d. h. ausschließlich durch den Konkursverwalter[1]).

[1]) Ob das Grundbuch gegen Eintragungsbewilligungen des Gemeinschuldners gesperrt ist, hat, anders als Reichel (Die Vormerkung im 46. Bande von Iherings Jahrbüchern S. 131) behauptet, Biermann nicht untersucht.

Biermann, Das Sachenrecht, S. 81 erklärt das Grundbuch für gesperrt gegen Verfügungen des Gemeinschuldners. Die Eintragung einer Vormerkung auf Grund der Bewilligung des Gemeinschuldners erklärt er nur für unwirksam (W. und V., S. 193).

Unklar: Reichel a. a. O. S. 130.

Vergleiche: Schöller, Die grundbuchrechtliche Bedeutung des Konkursvermerks im 7. Bande (Jahrgang 1902) der Deutschen Juristenzeitung, S. 165 ff.

Kretzschmar, Zwei Fragen aus dem Grundbuchrechte im 2. Jahrgang des Zentralblatts für freiwillige Gerichtsbarkeit, herausgegeben von Lobe, 1902 S. 815 ff.

Kretschmar, Einführung, 2. Band S. 213.

A. M.: Das Kammergericht in einem Beschluß vom 6. Mai 1901

Wenn aber trotz dem § 6 die Eintragung erfolgt ist (der Schuldner bleibt zur Verfügung befähigt), so greift § 7 Platz. Die Vormerkung ist den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. Es würde dem Geiste der zum Schutze der Konkursgläubiger gegebenen Vorschriften widersprechen, wenn man die Vormerkung für unwirksam halten wollte derart, daß auch der Schuldner, der sie bewilligt hat, sich auf die Unwirksamkeit berufen könnte.

Bleibt eine vor der Konkurseröffnung von dem Gemeinschuldner gegebene Einwilligungserklärung in die Eintragung einer Vormerkung nach Eröffnung des Konkurses wirksam, so daß auch nach der Eröffnung des Konkurses die Eintragung der Vormerkung erfolgen kann, und ist diese Vormerkung den Konkursgläubigern gegenüber wirksam?

Rechte aus der Vormerkung entstehen dem Gläubiger nicht vor der Eintragung der Vormerkung. Die Verfügung im Sinne des § 6 K. O. wird erst perfekt durch die Eintragung. Danach muß obige Frage verneint werden.

Nach der Konkurseröffnung ist die Entstehung einer Vormerkung unzulässig.[1])

Aber vielleicht wird das Ergebnis durch die Bestimmung des § 878 B. G. B. geändert:

> „Eine von dem Berechtigten in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 abgegebene Erklärung wird nicht dadurch unwirksam, daß der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte gestellt worden ist."

Wenn dieser Paragraph Anwendung fände, so müßte die vor der Konkurseröffnung bewilligte und beantragte Vormerkung trotz der Konkurseröffnung eingetragen werden, und sie hätte gegen die Gläubiger Wirkung.

Der Paragraph findet Anwendung, wenn die Bewilligung der Vormerkung eine Erklärung ist, welche in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 abgegeben wird [1]). Diese Paragraphen

im 3. Bande (Jahrgang 1901, 2. Halbjahr) der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann, S. 194. Dasselbe Gericht in einem Beschluß vom 30. Dezember 1901 in dem 4. Bande (Jahrgang 1902, 1. Halbjahr) derselben Sammlung S. 196.

[1]) Vergleiche: Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Band § 177. III. 2. S. 27.

Für die Unwirksamkeit: Biermann, W. und V., § 20 S. 185; Reichel im 46. Bande von Iherings Jahrbüchern, S. 132.

Für die Wirksamkeit: Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, Anmerk. 9 zu § 27, S. 196.

[2]) S. Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, S. 129, 227.

handeln von der Begründung, Übertragung, Änderung und Aufhebung von eingetragenen Rechten.

Die Vormerkung ist kein eingetragenes Recht. Beweis:

1) Die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek ist keine Hypothek. Dem Gläubiger entsteht die erstrebte Hypothek erst dann, wenn ihre Eintragung von dem Schuldner bewilligt wird.

Der Anspruch auf die Hypothek bleibt bestehen, er soll ja gesichert werden, also kann er noch nicht erfüllt sein.

2) Die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek ist keine bedingte Hypothek[1]). Denn dem Gläubiger entsteht die Hypothek unter denselben „Bedingungen", unter welchen sie jedermann entsteht, nämlich unter der „Bedingung", daß sie bewilligt und eingetragen wird. Zugunsten des Gläubigers bewirkt allerdings die Vormerkung, daß der Schuldner seine Verfügungsmacht behält, nachdem er über das Eigentum verfügt hat. Aber dadurch entsteht keine bedingte Hypothek.

3) Die Vormerkung bewirkt Rechte für den Gläubiger. Wenn man diese Rechte zusammenfassend das Vormerkungsrecht[2]) nennt (B. G. B. § 887), so muß man sich immer vergegenwärtigen, daß die Unwirksamkeit der Verfügungen des Schuldners etwas wesentlich anderes ist als die Verpflichtung des Erben, trotz der Beschränkung seiner Haftung den Vertrag zu erfüllen, und die Verpflichtung des Konkursverwalters zur Erfüllung trotz der Unzulänglichkeit der Masse, diese hinwiederum sich wesentlich unterscheidet von dem Rechte des Gläubigers in der Zwangsversteigerung. Diese Rechte des Gläubigers sind ins Grundbuch nicht eingetragen. Wenn man weitergehend die Bezeichnung „Vormerkungsrecht" für eine Zusammenfassung der eventuellen Berechtigungen des Gläubigers gebraucht, so ist dieses Vormerkungsrecht nicht eingetragen, weil sonst zugunsten des gesicherten Gläubigers § 891 B. G. B. spräche. Die Vermutung des § 891 kann aber dem vorgemerkten Gläubiger nicht zur Seite stehen, wie sich aus folgenden Erwägungen ergibt.

Ein Gläubiger, der aus der Vormerkung etwa gemäß B. G. B. § 888 Ansprüche erhebt, muß immer den gesicherten Anspruch beweisen. Die Vormerkung hat losgelöst vom Anspruche keinerlei Wirkungen. Wenn also ein „Vormerkungsrecht" vermutet werden sollte, so würde dadurch auch der

---

[1]) S. Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, S. 120, 121.

[2]) Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Band § 177 II. S. 23.

durch die Vormerkung gesicherte Anspruch vermutet. Eine Vermutung des Anspruchs ist aber deshalb ausgeschlossen, weil das Bestehen des Anspruchs das Primäre ist, welches bewiesen werden muß. Die Vormerkung dient nur zur Sicherung der Verwirklichung des Anspruchs, sie dient nicht zur Sicherung des Anspruchs, nicht zur Erleichterung des Beweises für das Bestehen des Anspruchs. Danach ist das Vormerkungsrecht nicht im Grundbuche eingetragen.

4) Die Vormerkung ist aber auch kein eingetragenes Recht insofern, als der Anspruch eingetragen ist; wenn die Vormerkung der eingetragene Anspruch wäre, so müßte nach § 891 die Vermutung für das Bestehen des Anspruchs streiten (s. oben Nr. 3). Im Gesetzbuch steht nichts davon, daß der Anspruch eingetragen ist. Es heißt nicht: Zur Sicherung des Anspruchs . . . . kann dieser Anspruch eingetragen werden, sondern es heißt: Eine Vormerkung kann zur Sicherung des Anspruchs eingetragen werden.

Nach alledem ist die Vormerkung kein eingetragenes Recht (Z. P. O. § 110 Abs. 1).

Weil B. G. B. § 878 nur für Rechtsgeschäfte, die eingetragene Rechte betreffen, gilt, so kann er auf die Vormerkungsbewilligung und Beantragung keine Anwendung finden. — Also bleibt es bei dem Satze: Das Grundbuchamt ist zur Eintragung einer Vormerkung nach der Eröffnung des Konkurses auf Grund der Einwilligungserklärung des Gemeinschuldners nicht befugt.

Dagegen kann nach Eröffnung des Konkurses eine Vormerkung mit voller Wirkung eingetragen werden von Amts wegen auf Grund des § 18 Abs. 2 S. 1 der G. B. O., welcher lautet:

> „Wird vor Erledigung des Antrages eine andere Eintragung beantragt, durch die dasselbe Recht betroffen wird, so ist zugunsten des früher gestellten Antrages von Amts wegen eine Vormerkung oder ein Widerspruch einzutragen.“

Wenn also z. B. zwei Anträge auf Eintragung einer ersten Hypothek gestellt werden[1]), so würde unter den Voraussetzungen des § 878 jeder einzelne Antrag trotz der Eröffnung des Konkurses zur vollwirksamen Eintragung führen. Zum Schutze des zuerst eingegangenen Antrags soll nach Grundbuchordnung § 18 eine Vormerkung eingetragen werden. Diese Vormerkung ist wirksam, weil die Eintragung der Hypothek wirksam gewesen wäre. — Liegen die Voraussetzungen des § 878 B. G. B. nicht vor, so greift für den Fall des § 18[2] G. B. O. § 15 S. 1 K. O. Platz; dieser bestimmt:

[1]) Biermann, W. und V., S. 186.

„Rechte an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen sowie Vorzugsrechte und Zurückbehaltungsrechte in Ansehung solcher Gegenstände können nach der Eröffnung des Verfahrens nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden, auch wenn der Erwerb nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruht."

Die Vormerkung ist kein Recht, so wenig wie das Inhaberpapier ein Recht ist; aber daß durch ihre Eintragung Rechte entstehen, und zwar besonders Vorzugsrechte im Konkurse entstehen, dürfte genugsam bewiesen sein. — Weil nun solche Rechte in Ansehung der zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände mit voller Wirkung nach der Konkurseröffnung nicht erworben werden können, kann also auch nicht die Eintragung einer Vormerkung in Ansehung eines zur Konkursmasse gehörigen Grundstücks oder Rechts mit voller Wirkung erfolgen. § 15 findet also unmittelbare Anwendung.

Die auf Grund des § 18[2] G. B. O. eingetragene Vormerkung ist den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, wenn die Voraussetzungen des § 878 B. G. B. nicht vorliegen. —

Biermann[1]) leugnet, daß § 15 unmittelbar angewendet werden könne, weil die Vormerkung kein Recht sei; er wendet ihn nur wegen seiner Tendenz auf unseren Fall an. — Diese Begründung der Ablehnung der unmittelbaren Anwendung des § 15 ist nach dem Dargelegten nicht ausreichend.

In dem Falle, daß gegen die Zurückweisung eines Antrages auf Eintragung einer Hypothek Beschwerde erhoben worden ist, kann nach G. B. O. § 76 Abs. 1 das Beschwerdegericht vor der Entscheidung durch eine einstweilige Anordnung dem Grundbuchamt aufgeben, eine Vormerkung einzutragen.

Die Wirksamkeit der Vormerkung ist auch hier davon abhängig, ob auf den Fall B. G. B. § 878 Anwendung findet: wenn er Anwendung findet, ist, wie oben, die Vormerkung vollwirksam; liegen seine Voraussetzungen nicht vor, so ist die Vormerkung den Konkursgläubigern gegenüber nach K. O. § 15 unwirksam.

Ist der Antrag des Gemeinschuldners auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek zurückgewiesen worden (wie oben dargelegt, nach der Konkurseröffnung mit Recht), und ist Beschwerde erhoben worden, so kann nach G. B. O. § 76 „das Beschwerdegericht vor der Entscheidung durch eine einstweilige Anordnung dem

[1]) Biermann, W. und V., S. 186.

Grundbuchamt aufgeben, eine Vormerkung einzutragen". Diese Vormerkung von Amts wegen hat denselben Inhalt wie die beantragte Vormerkung; denn es gibt keine Vormerkung zum Schutze des Anspruchs auf Eintragung einer Vormerkung. Die Wirkungen der Vormerkung können nicht von den Voraussetzungen des § 878 B. G. B. abhängig sein. Denn dieser Paragraph findet, wie oben dargelegt, keine Anwendung auf die Bewilligung und Beantragung von Vormerkungen. In diesem Falle können die Wirkungen der Vormerkung von Amts wegen nicht größer sein als die Wirkungen der beantragten Vormerkung; das Grundbuch ist gegen solche Vormerkungen durch die Konkurseröffnung gesperrt. Ist die Vormerkung eingetragen[1]), so ist sie im Konkurse ohne Wirkung. — K. O. § 14 Absatz 2 S. 1 lautet:

> „In Ansehung der zur Konkursmasse gehörigen Grundstücke sowie der für den Gemeinschuldner eingetragenen Rechte an Grundstücken oder an eingetragenen Rechten kann während der Dauer des Konkursverfahrens eine Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung zugunsten einzelner Konkursgläubiger nicht eingetragen werden."

Eine Vormerkung, die dieser Bestimmung entgegen zugunsten einzelner Konkursgläubiger eingetragen wäre, ist den andern Gläubigern gegenüber nicht nur wirkungslos, sondern von Amts wegen zu löschen (G. B. O. § 54). — Das Gesetz hat sich hier ebensowenig mit einer relativen Wirkungslosigkeit begnügt wie in dem Falle der Bewilligung des Schuldners: allerdings ist die Sanktion dieser Bestimmung schärfer.

Diejenigen Vormerkungen, die vor der Konkurseröffnung, aber nach Erlaß eines in Gemäßheit der §§ 106, 113 K. O. erlassenen allgemeinen Veräußerungsverbots eingetragen worden sind, sind nach B. G. B. §§ 136, 135 den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, wenn das Veräußerungsverbot ins Grundbuch eingetragen oder den Gläubigern bekannt war; dies auch dann, wenn die Eintragung der Vormerkung vor Erlaß des Veräußerungsverbots bewilligt und beantragt war[2]).

Für den Nachlaßkonkurs bestimmt K. O. § 221 Abs. 2:

> „Eine nach Eintritt des Erbfalls im Wege der einstweiligen Verfügung erlangte Vormerkung ist unwirksam."

---

[1]) Vergleiche: Biermann, W. und V., Seite 186.

[2]) Jaeger, Konkursordnung, § 24 Anmerkg. 10, S. 197 hätte von seinem Standpunkte für den Fall des obigen Nachsatzes eine Ausnahme machen müssen.

Es kann also eine wirksame Vormerkung hier auch nicht in der Zeit vor der Konkurseröffnung eingetragen werden, nachdem der Erbfall eingetreten ist. Sie kann eingetragen werden, anders als nach § 14, aber sie ist unwirksam, wie im Falle des Veräußerungsverbots[1]).

Nach K. O. § 236 findet die Bestimmung des § 221 „auf das Konkursverfahren über das Gesamtgut im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft entsprechende Anwendung".

[1]) Vergleiche: Jaeger, Konkursordnung, Anmerkg. 11 S. 197. Ungenau: Reichel im 46. Bande von Iherings Jahrbüchern, S. 131.

## V. Die Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek gegenüber der beschränkten Haftung des Erben.

B. G. B. § 884 bestimmt:

„Soweit der Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist, kann sich der Erbe des Verpflichteten nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen."

Wenn der Anspruch auf Eintragung einer Hypothek im Prozesse gegen den Schuldner geltend gemacht wird, so ist die Vormerkung für die Verurteilung des Schuldners ohne Bedeutung. Der Erbe ist in gleicher Weise wie der Erblasser verpflichtet. Er ist also verpflichtet, die Hypothek eintragen zu lassen.

Durch die Beschränkung der Haftung des Erben wird aber die Verwirklichung von Ansprüchen der Gläubiger des Erblassers beeinträchtigt. Diese Beeinträchtigung findet nicht statt, wenn und soweit eine Vormerkung für den Anspruch eingetragen ist.

Also auch gegen die Folgen der beschränkten Haftung des Erben wird die Verwirklichung des Anspruchs gesichert[1]), ebenso wie gegen widerstreitende Verfügungen des Schuldners oder des Konkursverwalters wie gegen die Folgen des Konkurses des Schuldners. —

In den Protokollen [2]) wird folgendes Beispiel angeführt:

„A hat sein Grundstück an B verkauft und nach dem Abschlusse des Kaufvertrages eine Hypothek eintragen lassen; so wirkt die nach der Eintragung der Hypothek eingetragene Vormerkung nicht der Hypothek gegenüber. Sie deckt also den durch sie gesicherten Anspruch nicht vollständig gegen die Folgen der Unzulänglichkeit des Vermögens des Schuldners: der Anspruch aus dem Kaufvertrage geht auch auf die Beseitigung der Hypothek; für diesen Anspruch gibt aber die Vormerkung keinen Schutz; gegen ihn besteht also auf der anderen Seite die Einrede des Inventarrechts."

Die Vormerkung bewirkt nach § 883,2 nur die Unwirksamkeit der Verfügungen, die nach Eintragung der Vormerkung über das Grundstück getroffen werden. Wenn man aber § 884

[1]) Plancks Kommentar, 3. Band Anmerkg. zu § 884, S. 119.
[2]) Protokolle, 5. Band, S. 780.

eliminiert, so ist der Erbe eventuell nicht einmal verpflichtet, das Grundstück aufzulassen, oder gemäß der Verpflichtung des Erblassers die Hypothek zu bestellen.

Irrig ist die Ansicht von Endemann[1]), der zu befürchten scheint, man könne aus dem § 884 die Verpflichtung des Erben folgern, in obigem Beispiel trotz der beschränkten Haftung die Beseitigung der von der Vormerkung eingetragenen Hypothek zu bewirken. Hier ist aber der Anspruch aus dem Kaufvertrage, der allerdings die Beseitigung der Hypothek mit umfaßt, nicht so weit gesichert, daß auch die Beseitigung der Hypothek durch die Vormerkung gesichert ist; denn die Hypothek ist, weil vor der Eintragung der Vormerkung, trotz des Auflassungsanspruchs wirksam gestellt.

Endemann[2]) behauptet, § 884 „gehöre zu § 888, Abs. 1“. Dem ist nicht beizustimmen; durch § 883 Abs. 2 und 3 wird die Verwirklichung des Anspruchs gegen Verfügungen des Schuldners, des Konkursverwalters etc. gesichert, durch § 884 wird er gesichert gegen die Gefährdung seiner Verwirklichung durch die Beschränkung der Haftung des Erben. — § 888 bietet nur das Mittel, die Unwirksamkeit der nach § 883 getroffenen Verfügungen grundbuchmäßig zur Anerkennung zu bringen bei der Verwirklichung des Anspruchs. Der Erbe aber hat nicht nur die Verpflichtung zu einer formellen Zustimmung, sondern er hat die Verpflichtung zu Erfüllung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs wie der Schuldner, wie der Konkursverwalter.

Auf den Erben des zur Zustimmung gemäß § 888 Verpflichteten bezieht sich § 884 nicht. Der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch des § 884 ist, wie aus § 883 geschlossen wird, der Anspruch gemäß § 883 Abs. 1, also z. B. auf Eintragung einer Hypothek. Der Anspruch des § 884 ist also nicht das Recht des Gläubigers aus § 888.

Die Verpflichtung gemäß § 888 ist eine Verpflichtung, die auf dem Grundstück ruht, sie trifft jeden Erwerber des Rechts als solchen, also auch den Erben als buchmäßig Berechtigten, weil und insoweit ihr Recht unwirksam ist. Eine Leistung aus dem Nachlasse findet nicht statt, für die Einrede der beschränkten Haftung ist also kein Raum[3]).

Der § 884 scheint nicht zu unterscheiden zwischen Vormerkungen, die vor, und solchen, die nach Eintritt des Erbfalls

[1]) Endemann, Lehrbuch, 2. Band Nr. 21 zu § 65, Seite 253.
[2]) Siehe oben.
[3]) Biermann, Das Sachenrecht, Anmerkg. 2 zu § 884 S. 67. Reichel im 46. Bande von Iherings Jahrbüchern, S. 137. Sekler, d. L. v. d. V. § 20 I 1b, S. 218.

zur Sicherung von gegen den Erblasser gerichteten Ansprüchen eingetragen worden sind.

Der § 1990 Abs. 2 bestimmt:

„Das Recht des Erben (die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers unter den Voraussetzungen des ersten Absatzes desselben Paragraphen insoweit zu verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht) wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gläubiger nach dem Eintritt des Erbfalls . . . im Wege der einstweiligen Verfügung eine Vormerkung erlangt hat."

§ 1990 statuiert eine Ausnahme von § 884 (wenn man diesen auch gelten läßt für Vormerkungen, die nach dem Eintritt des Erbfalls eingetragen worden sind) für Vormerkungen, die nach dem Eintritt des Erbfalls auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen worden sind. Für Vormerkungen, die nicht auf Grund einer einstweiligen Verfügung nach dem Tode des Erblassers zum Schutze eines gegen den Erblasser gerichteten Anspruchs eingetragen worden sind, wird eine Ausnahme von § 884 nicht statuiert; demnach hat der Erbe gegen den Anspruch, der durch solche Vormerkung gesichert ist, nicht die Einrede der beschränkten Haftung. Gegen den Erben, der in die Eintragung einer Vormerkung zum Schutze eines gegen den Erblasser gerichteten Anspruchs nach dem Erbfalle gewilligt hat, kommt § 884 zur Anwendung.

Dies ist die Schlußfolgerung Biermanns[1]).

Es ist auch eine andere Schlußfolgerung möglich.

Der Erbe hat die Einrede der beschränkten Haftung. Die Vormerkung sichert die Verwirklichung des Anspruchs, der nach dem Erbfalle gegen den Erben geht, mit dem Erfolge, daß er verwirklicht werden kann, soweit, wie der Gläubiger es zur Zeit der Eintragung der Vormerkung verlangen kann. Wenn also der Erbe die Vormerkung bewilligt, so bleibt ihm die Einrede der beschränkten Haftung. § 884 greift nicht Platz[2]).

[1]) Biermann, W. und V., S. 161, 162; vergleiche Sachenrecht, Anmerkg. zu § 884, S. 66.

[2]) So Plancks Kommentar, 3. Band, 1. u. 2. Aufl. Anm. zu § 884 S. 97. Anders in der 3. Auflage Anm. 2 zu § 884 S. 119. Dort heißt es: „Wird sie (die Vormerkung) zwar für einen gegen den Erblasser begründeten Anspruch, aber erst auf Grund einer Bewilligung des Erben eingetragen, so kann sich dieser schon nach den erbrechtlichen Vorschriften auf die Beschränkung seiner Haftung nicht berufen, da ihm diese gegen eigene Verfügungen und Geschäfte keinen Schutz gewähren."

Dem ist entgegenzuhalten: Die Verpflichtung zur Befriedigung des Gläubigers ist durch Rechtsgeschäft des Erblassers, nicht durch eigenes Geschäft des Erben entstanden. Dagegen entsteht die Vormerkung aller-

Beide Schlußfolgerungen scheinen gleich unanfechtbar. Die Ansicht Biermanns aber wird dadurch hinfällig, daß, obwohl der § 884 nicht zu unterscheiden scheint zwischen Vormerkungen, die vor, und solchen, die nach Eintritt des Erbfalles eingetragen worden sind, er dennoch nur gelten kann für Vormerkungen, die vor Eintritt des Erbfalles eingetragen worden sind. Denn nur vor Eintritt des Erbfalles kann der Anspruch, durch den der Erblasser verpflichtet wird, durch Vormerkung gesichert werden. Nach dem Erbfalle gibt es keinen Anspruch gegen den Erblasser mehr. Der Anspruch, der gegen den Erblasser ging, geht gegen den Erben[1]). Wenn nach dem Eintritt des Erbfalles eine Vormerkung eingetragen wird, so ist der Erbe der Verpflichtete, er ist nicht der Erbe des Verpflichteten. Er kann sich also auf die Beschränkung seiner Haftung berufen, wenn er zur Zeit der Eintragung der Vormerkung die Einrede der beschränkten Haftung hat.

Danach ist es falsch, zu sagen: „In der Bewilligung der Vormerkung durch den Erben kann der Verzicht auf die Einrede der beschränkten Haftung liegen.“

Dies letztere behauptet Reichel[2]), (ähnlich Sekler[3]), trotzdem er im vorhergehenden Satze dargelegt hat, daß die nach dem Eintritt des Erbfalls bewilligte Vormerkung nach § 884 dem Erben nicht die Einrede der beschränkten Haftung gestatte.

Nach B. G. B. § 884 kann sich der Erbe auch nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen, wenn der Erblasser zwar Schuldner des durch die Vormerkung gesicherten Gläubigers, aber nicht Eigentümer des Grundstücks war, auf dem die Vormerkung ruht, wenn z. B. der Erbe der Eigentümer ist

dings infolge Verfügung (oder Geschäft) des Erben. Wieweit der Erbe durch seine Verfügung (oder sein Geschäft) gebunden wird, entscheiden in erster Linie wie in anderen Fällen die Sätze des Rechts der Schuldverhältnisse oder des Hypothekenrechts, — hier die Sätze über die Vorbemerkung. Die Frage ist: Beeinflußt die Vormerkung den Inhalt des Anspruchs, kann der Schuldner durch die Bewilligung der Vormerkung irgendwelche Einrede gegen den Anspruch verlieren? Oder hat nicht vielmehr die Vormerkung die Wirkung, daß die Verwirklichung des Anspruchs genau so weit gesichert wird, wie der Schuldner den Anpsruch zu verwirklichen zur Zeit der Eintragung der Vormerkung verpflichtet und imstande ist?

[1]) B. G. B. § 1967, Abs. 1.

[2]) Reichel im 46. Bande von Iherings Jahrbuch, S. 137 Nr. 3.

[3]) Sekler, d. L. v. d. V. § 20 I 3 S. 224. Siehe einen ähnlichen Satz bei Sekler a. a. O. § 14 VI 1 S. 118. Entweder liegt in der Bewilligung der Vormerkung ein Verzicht auf die Einrede oder ein Anerkenntnis des Anspruchs oder der Verzicht, oder das Anerkenntnis liegt nicht darin. Wenn der Verzicht oder das Anerkenntnis in der Bewilligung nicht enthalten sind, so kann der Verzicht und das Anerkenntnis nicht in einzelnen Fällen doch darin enthalten sein. Vielmehr muß der Verzicht oder das Anerkenntnis zur Bewilligung der Vormerkung hinzutreten.

und gemäß § 888 zur Zustimmung verpflichtet war. Infolge des Erbfalles ist der Erbe nun zur Eintragungsbewilligung der Hypothek verpflichtet. Seine Verpflichtung zur Zustimmung gemäß § 888 ist daneben erloschen.

Der Gläubiger hat die bisherige Sicherung des Anspruchs, nämlich aus § 883, 2 in Verbindung mit § 888, verloren und dafür die Sicherung gemäß § 884 gewonnen.

B. G. B. § 1971 unter dem Untertitel: „Aufgebot der Nachlaßgläubiger“ lautet:

> „Pfandgläubiger und . . . . Gläubiger, die bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ein Recht auf Befriedigung aus diesem Vermögen haben, werden, soweit es sich um die Befriedigung aus den ihnen haftenden Gegenständen handelt, durch das Aufgebot nicht betroffen. Das gleiche gilt von Gläubigern, deren Ansprüche durch eine Vormerkung gesichert sind, oder denen im Konkurse ein Aussonderungsrecht zusteht, in Ansehung des Gegenstandes ihres Rechts.“

Danach sichert die Vormerkung die Verwirklichung des Anspruchs gegen die Wirkungen des Aufgebots der Nachlaßgläubiger. — Das Ausschlußurteil steht der Verwirklichung des Anspruchs nicht entgegen[1]).

Nach B. G. B. § 1974 A. 3. können die Gläubiger, die durch das Aufgebotsverfahren nicht geschädigt werden können, auch nicht durch Verschweigung gemäß B. G. B § 1974 Abs. 1 die Aussicht auf Verwirklichung ihrer Rechte verlieren.

Es ist schon erwähnt worden, daß trotz Vormerkungen, die nach Eintritt des Erbfalls eingetragen worden sind, der Erbe die Einrede der Dürftigkeit des Nachlasses hat (B. G. B. § 1990[2]).

Ferner ist gesagt worden, daß im Nachlaßkonkurse nach K. O. § 221 Abs. 2 „eine nach dem Eintritt des Erbfalls im Wege der einstweiligen Verfügung erlangte Vormerkung unwirksam ist“, d. h. den Gläubigern gegenüber. Insbesondere folgt aus ihr nicht das Recht des Gläubigers gemäß K. O. § 24.

Gegen die Ansprüche, zu deren Sicherung vor dem Eintritt des Erbfalls eine Vormerkung eingetragen worden ist, hat der Erbe nach § 884 nicht die aufschiebenden Einreden der §§ 2014 ff. Der § 2016 bestimmt, daß der Erbe die aufschiebenden Einreden hat gegen Ansprüche, für die nach dem Eintritt des Erbfalls eine Vormerkung im Wege der einstweiligen Verfügung eingetragen worden ist. Wenn der Erbe die Vor-

---

[1]) Biermann, W. u. V., S. 162.
[2]) Cosack, Lehrbuch, 2. Band, § 382 S. 731 ff.

merkung bewilligt und zur Zeit der Bewilligung die aufschiebenden Einreden hat, so liegt kein Grund vor, ihm die aufschiebenden Einreden wegen der Eintragungsbewilligung zu entziehen[1]).

Wirkungen der Vormerkung, wenn der Gläubiger den Schuldner beerbt.

Die Vormerkung sichert, wie sich aus der bisherigen Darstellung ergibt, die Verwirklichung des Anspruchs. Sie sichert nicht den Anspruch. Die Verwirklichung des nicht bestehenden Anspruchs kann nicht gesichert werden. Der Anspruch des Erben auf Eintragung einer Hypothek gegen den Erblasser erlischt (vergleiche B. G. B. § 1967 Abs. 1, § 1976), auch wenn zur Sicherung der Verwirklichung dieses Anpruchs eine Vormerkung eingetragen worden ist. Der Erbe hat z. B. einen Anspruch auf Eintragung einer Hypothek an dem Grundstücke des Erblassers. Dadurch, daß der Erbe Erbe wird, erlischt der Anspruch, denn niemand kann sein eigner Schuldner sein. — Die Vormerkung ist löschungsreif. Der Anspruch erlischt auch in dem Falle, daß die Hypothek einen größeren Wert hat als das Grundstück, indem das Grundstück nach Eintragung der Vormerkung mit Hypotheken entsprechend belastet worden ist. Die Verfügungen, durch die der Erblasser die der Vormerkung widerstreitenden Hypotheken bestellt hat, bleiben also wirksam. Der Erbe hat, trotzdem er statt der Hypothek das Eigentum erlangt hat, einen Nachteil in seinem Vermögen erfahren, die nachstehenden Hypothekengläubiger einen ungerechtfertigten Vorteil.

War der Erblasser nur der Schuldner des Erben und nicht der Eigentümer des Grundstücks, so erlischt natürlich, wie die Verpflichtung des Erblassers und Schuldners, so das Recht des Erben und Gläubigers. Die Vormerkung ist löschungsreif. Unabhängig von dem Anspruch ist niemand aus der Vormerkung verpflichtet.

Hier ist die Schädigung des Erben und die Bereicherung des Eigentümers und der nachstehenden Berechtigten offenbar, wenn man nur auf den wirtschaftlichen Erfolg nach dem Erbfalle sieht. Vor dem Erbfalle aber hat der Erblasser aus den Verfügungen über das Eigentum und die Hypotheken Nutzen gezogen, allerdings wohl nicht den Nutzen, den er beim Nichtbestehen einer Vormerkung hätte ziehen können.

Der Erblasser, der weiß, daß die Schuldverhältnisse zwischen ihm und dem Erben erlöschen, braucht nur seine Verpflichtung auf einen Dritten zu übertragen, um die Sicherheit

[1]) A. A. Fuchs, Das Grundbuchrecht, Bemerkung 4 zu d S. 125.

des Fortbestehens des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs und damit die Sicherheit der Verwirklichung des Anspruchs zugunsten des Erben und Gläubigers zu haben.

Wirkungen der Vormerkung, wenn der Gläubiger den zur Zustimmung gemäß B. G. B. § 888 Verpflichteten beerbt.

In diesem Falle erlischt das Recht des Gläubigers aus B. G. B. § 888, denn niemand kann sich selbst eine Zustimmung schulden. Der Gläubiger behält den Anspruch gegen den Schuldner und sein Recht gegen die anderen buchmäßig Berechtigten, deren Rechte durch „unwirksame“ Verfügung enstanden sind. Der Gläubiger ist aber verpflichtet, seine zur Eintragung der Hypothek durch den Schuldner notwendige Zustimmungserklärung zu geben. Ohne diese Zustimmung ist der Schuldner grundbuchmäßig nicht imstande, seine Verpflichtung zu erfüllen. Die Pflicht zur Zustimmung gemäß § 888 erlischt dem Gläubiger gegenüber; sie entsteht dem Schuldner gegenüber, wenn der Gläubiger den zur Zustimmung gemäß § 888 Verpflichteten beerbt.

B. G. B. § 1976 bestimmt: „Ist die Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet, so gelten die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen,“ und der K. O. § 225 Abs. 1 bestimmt: „Der Erbe kann die ihm gegen den Erblasser zustehenden Ansprüche geltend machen.“

Bei der Nachlaßverwaltung und im Nachlaßkonkurse gilt also in dem Falle, daß der Gläubiger des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek den Schuldner beerbt, der Anspruch als nicht erloschen. Wenn der Anspruch als nicht erloschen gilt, so gilt er als bestehend: als bestehend, wie er zur Zeit des Erlöschens bestand, also als bestehend gesichert durch die Vormerkung (falls diese noch nicht gelöscht wurde).

Im Nachlaßkonkurse genießt also der Gläubiger und Erbe die Wirkungen der Vormerkung gemäß der Konkursordnung.

In dem Falle, daß der Gläubiger den zur Zustimmung gemäß B. G. B. § 888 Verpflichten beerbt, lebt auch nach dem Wortlaute des Paragraphen die Verpflichtung zur Zustimmung gemäß § 888 wieder auf.

B. G. B. § 2143 lautet:

> „Tritt die Nacherbfolge ein, so gelten die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen.“

Der Gläubiger und Vorerbe erhält also wieder den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch auf Eintragung einer Hypothek gegen den Erblasser (bezw. gegen den Nacherben); er erhält in dem anderen Falle das Recht aus § 888 auf Zustimmung, falls der Anspruch noch nicht verwirklicht ist. In diesem Falle folgt aber die Pflicht des Nacherben zur Zustimmung aus § 888 selbst, denn diese Verpflichtung trifft den jedesmaligen buchmäßig Berechtigten.

Beim Erbschaftskaufe gelten nach B. G. B. § 2377 „die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse im Verhältnisse zwischen dem Käufer und dem Verkäufer als nicht erloschen".

Wenn zugunsten eines Vermächtnisnehmers zur Sicherung des Vermächtnisanspruches auf Eintragung einer Hypothek eine Vormerkung eingetragen worden ist,[1]) so hat diese Vormerkung nicht die Kraft, die Verwirklichung des Anspruchs zu sichern gegen die Folgen, welche andere Vermächtnisansprüche infolge der Unzulänglichkeit des Nachlasses erleiden. Z. B. findet § 1992 auf den vorgemerkten Vermächtnisnehmer Anwendung wie auf jeden Vermächtnisnehmer.

Der vorgemerkte Vermächtnisnehmer ist gegen eine Kürzung des Vermächtnisses zugunsten von Pflichtteilsberechtigten so wenig gesichert wie jeder andere Vermächtnisnehmer usw.

Also selbst wenn die Vormerkung zu Lebzeiten des Erblassers zugunsten des Vermächtnisnehmers eingetragen worden ist, kann sich der Erbe auf die Beschränkung seiner Haftung berufen. — Diese Sätze sind Folgerungen aus dem Satze, daß die Vormerkung den Zweck hat, die Verwirklichung des Anspruchs zu sichern in dem Maße, in dem er verwirklicht werden kann und muß in dem Augenblicke der Eintragung der Vormerkung. Wenn der Erbe zur Zeit der Eintragung der Vormerkung oder bei dem Erbfalle den Anspruch in dem Maße zu erfüllen hat, wie er jedes Vermächtnis zu erfüllen hat, kann durch die Eintragung der Vormerkung seine Verpflichtung nicht erhöht werden.

An B. G. B. § 884 zu denken (wie Biermann), liegt weit ab, weil dort von dem Erben des Verpflichteten die Rede ist.

[1]) Die Möglichkeit derartiger Vormerkungen ergibt sich aus § 883, I. Vergl. Dernburg, Sachenrecht, Anm. 7 zu §§ 51 S. 160. Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd. § 11 II E S. 39. Kuhlenbeck, Kommentar, II. Bd. Anm. 1 zu § 883 S. 52. Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, S. 32 ff. Cosack, Lehrbuch, 2. Bd. § 177 S. 23. Plancks Kommentar, 3. Bd., Anm. 1a zu § 883 S. 113.

Biermann[1]) meint: „In der Bewilligung einer Vormerkung zugunsten eines Vermächtnisnehmers durch den Erben kann der Verzicht auf die Einrede der beschränkten Haftung liegen.“ Gewiß kann außer der Eintragungsbewilligung der Erbe auch den Verzicht auf die Einrede der beschränkten Haftung erklären. Aber in der Bewilligungserklärung den Verzicht zu erkennen, dürfte schwierig sein, wenn man mit Biermann sagt, daß die Bewilligungserklärung den Verzicht nicht in sich schließt.

Wenn der Anspruch auf Eintragungsbewilligung einer Vormerkung zur Sicherung eines gegen den Erblasser bestehenden Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek dem Gläubiger vermacht ist (event. oder nach anderer Ansicht notwendig als *legatum debiti*), so steht dieser Vermächtnisanspruch (als *legatum debiti* nach Belieben des Gläubigers) unter den Regeln, die die Vermächtnisansprüche beherrschen; durch die Sätze über die Wirkungen der Vormerkung wird dieser Anspruch nicht im geringsten beeinflußt. Wenn die Vormerkung eingetragen worden ist, ist der Vermächtnisanspruch erfüllt, die Sätze über Vermächtnisrecht kommen nicht mehr zur Anwendung. Die Vormerkung äußert ihre Wirkungen wie jede andere nach dem Erbfalle eingetragene Vormerkung. — § 884 findet keine Anwendung. Der Erbe hat gegen den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch die Einrede der Dürftigkeit des Nachlasses aus B. G. B. § 1990, wenn er sie zur Zeit der Eintragung der Vormerkung hatte.

Wenn man, wie Biermann, W. u. V., S. 161, 162 Anmerkung 13 annimmt, daß § 884 auch Anwendung finde, wenn die Vormerkung auf Grund einer Bewilligung des Schuldners nach dem Erbfalle eingetragen worden ist, muß man in unserem Falle § 884 Platz greifen lassen, § 1990 dagegen ablehnen. Biermann, W. und V., S. 163 scheint diesen Schluß nicht zu ziehen. —

Danach hätte also der Erbe in diesem Falle nicht die Einrede der beschränkten Haftung. — Das wäre eine Folge einer letztwilligen Verfügung des Erblassers (insofern man mit Biermann[2]) der Ansicht ist, daß der Gläubiger des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek nicht ohne weiteres eine Vormerkung beanspruchen kann). Man kann aber wohl kaum annehmen, daß das Gesetz eine solche Wirkung einer Vermächtnisbestellung beigelegt hat. Der Erbe hat die Einrede der beschränkten Haftung, weil die Vormerkung nach dem Erbfalle eingetragen worden ist.

[1]) Biermann, W. u. V., S. 163.
[2]) Biermann, W. und V., S. 144, unter V.

## VI. Endigung der Wirkungen der Vormerkung.

Wenn die Vormerkung gelöscht wird, hat sie keine Wirkung mehr. Sie hat vor der Löschung keine Wirkungen mehr, wenn der Anspruch erlischt, z. B. durch Erfüllung oder Zusammentreffen der Gläubigerschaft und Schuldnerschaft in einer Person. Denn die Wirkungen der Vormerkungen erschöpfen sich in der Sicherung des Anspruchs. Wenn der Anspruch erlischt — die Vormerkung schützt den Anspruch nicht gegen ein Erlöschen —, kann er nicht mehr gesichert werden. Die Vormerkung hat keine Wirkung, soweit sie über den Anspruch hinausgeht.

Die Wirkungen der Vormerkung endigen ferner, ehe sie gelöscht wird, nach § 887 S. 2 mit dem nach § 887 S. 1 ergangenen Ausschlußurteil.

Die Vormerkung wird gelöscht, wenn der Gläubiger auf sie verzichtet. Damit durch den Verzicht die Wirkungen der Vormerkung erlöschen, muß die Löschung der Vormerkung zum Verzicht hinzutreten. Zu der Löschung der Vormerkung auf Grund eines Verzichts bedarf es ebensowenig der Zustimmung des Eigentümers wie zu einem Rücktritt im Range [1]).

Nach G. B. O. § 18, 2. und § 78, 2. wird von Amts wegen eine von Amts wegen nach G. B. O. §§ 18, 1.; 78, 1. eingetragene Vormerkung gelöscht.

Ist die Vormerkung auf Grund des § 895 Z. P. O. eingetragen worden, so wird sie gelöscht, wenn ein Urteil vorliegt,

> „welches die Entscheidung in der Hauptsache oder die Vollstreckbarkeitserklärung aufhebt oder abändert“.

Z. P. O. § 717 Abs. 1, G. B. O. § 25.

Die Vormerkung kann ferner gelöscht werden auf Grund des § 886 B. G. B., welcher lautet:

> „Steht demjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird, eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird, so kann er von dem Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung verlangen.“

Steht demjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird, eine Einrede zu, so besteht der Anspruch und die Vormerkung. — Die Vormerkung

[1]) Biermann, W. und V., S. 221.

hat ihre Wirkungen. — Ihre Wirkungen sind aber die Sicherung der Verwirklichung des Anspruchs. Was soll aber die Sicherung der Anspruchsverwirklichung, wenn dieser Anspruchsverwirklichung eine peremtorische Einrede entgegensteht? Die Vormerkung ist löschungsreif [1]).

Wenn also dem durch Vormerkung gesicherten Anspruche auf Eintragung einer Hypothek eine peremtorische Einrede entgegensteht, kann der Eigentümer und Schuldner die Beseitigung, d. h. die Löschungsbewilligung und Löschungsbeantragung durch den Gläubiger verlangen [2]). — Aber der Eigentümer und Schuldner ist nicht der einzige aus B. G. B. § 886 Berechtigte, er ist nicht der einzige, dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird. Auch der neue Eigentümer wird von einer Vormerkung betroffen, die einen aussichtslosen Anspruch sichern soll. Ihm stehen die Einreden des Schuldners zu, wie es sich zeigt, wenn der Anspruch durchgesetzt werden soll und er zur Zustimmung gemäß § 881 verpflichtet ist. Er hat also auch das Recht aus § 886 und er hat es nach dem Sinne des § 886 ebenso gut wie der schuldnerische Eigentümer [3]).

Die Ansicht derjenigen, welche dem aus § 888 Belangten nicht die Einreden des Schuldners geben wollen, zwingt dazu, den § 886 auf den schuldnerischen Eigentümer zu beschränken, was mit der Fassung und dem Zwecke des Gesetzes in Widerspruch steht [4]).

Wie der neue Eigentümer, so haben auch die nachstehenden Hypothekargläubiger das Recht aus § 886. Sie bewirken also durch die von dem Gläubiger zu bewerkstelligende Beseitigung, daß die Unwirksamkeit der Verfügungen, durch welche sie ihre Rechte erworben haben, nicht eintritt. Trotzdem also die Verfügungen, durch welche sie

[1]) Besteht der Anspruch, der durch die Vormerkung gesichert werden soll, nicht, oder ist die Möglichkeit des Entstehens des bedingten oder zukünftigen Anspruchs ausgeschlossen, so hat der Betroffene das Recht, von dem Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung zu verlangen (zu schließen *a fortiori* aus B. G. B. § 886). Dies ist nicht der Berichtigungsanspruch des § 894 B. G. B. Denn durch die inhaltsleere Vormerkung erscheint die Rechtslage des Grundstücks und die Verfügungsmacht des betroffenen Berechtigten nicht anders, als sie wirklich ist. Die wirkungslose Vormerkung täuscht nicht das Bestehen eines Anspruchs vor, etwa wie ein unrichtiger Nießbrauchseintrag das Bestehen eines Nießbrauchsrechts. Ein Widerspruch gegen eine Vormerkung ist unzulässig. A. A. Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, § 14 V 3 a α S. 145.

[2]) Plancks, Kommentar, 3 Band, Anm. II 3 b zu § 894 S. 145.

[3]) Endemann, Lehrbuch 2. Bd., S. 252.

[4]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, 53. Bd., S. 33.

ihre Rechte erworben haben, als der Vormerkung widerstreitende nach § 883 Abs. 2 „unwirksam“ waren, bleiben diese Verfügungen durch diese Beseitigung der Vormerkung wirksam; ein neuer Beweis, daß die Unwirksamkeit des § 883, 2 aufschiebend bedingt ist durch die Verwirklichung des Anspruchs.

Weil die Gesetze unter einer Vormerkung nur eine auf Grund einer Eintragung ins Grundbuch erfolgte „Eintragung“ oder wohl besser einen Eintrag verstehen, so kann, selbst wenn man dem Gläubiger aus der Vormerkung Sachenrechte gibt [1]), von einer nicht eingetragenen Vormerkung nicht gesprochen werden [2]). Also auch, wenn die Vormerkung ungerechtfertigterweise, z. B. durch Irrtum des Grundbuchrichters, gelöscht worden ist, kann sie keine Wirkungen mehr haben. Wenn z. B. die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek ungerechtfertigterweise gelöscht worden ist, so ist eine Verfügung, durch welche nach der Löschung eine Hypothek bestellt wird, wirksam. Dar Hypothekargläubiger ist nicht zur Zustimmung gemäß § 888 verpflichtet, ebensowenig zur Zustimmung zur Eintragungsbewilligung der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek, die ihm vorgehen soll. Wird eine Vormerkung eingetragen, so kann sie nur eingetragen werden nach der nach Löschung der Vormerkung eingetragenen Hypothek. Die nach der Eintragung der gelöschten Vormerkung und vor ihrer Löschung eingetragenen Hypothekargläubiger sind ungerechtfertigt bereichert. Es kann aber die Bereicherung von ihnen nur dem Werte nach in Geld von dem vorgemerkten Gläubiger zurückverlangt werden [3]).

Der neue eingetragene Hypothekargläubiger ist nicht ungerechtfertigt bereichert, dagegen aber der Eigentümer durch die Eintragung einer wirksamen Hypothek (B. G. B. § 816 [4]).

Wenn das Grundstück nach der ungerechtfertigten Löschung der Vormerkung veräußert worden ist, so kann gegen den

[1]) Vergl. Sekler, d. L. v. d. V., § 23 II Abs. 3 S. 260.

[2]) Das Grundbuch wird also durch die ungerechtfertigte Löschung einer Vormerkung nicht unrichtig. Ein Berichtigungsanspruch ist nicht gegeben. Ein Widerspruch gegen die Löschung kann nicht eingetragen werden. Durch die Vormerkung ist „der Berechtigte in der Verfügung über sein im Grundbuch eingetragenes Recht“ nur dann beschränkt, wenn die Vormerkung eingetragen ist. A. A. Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, § 14 V 3 a β, S. 146.

[3]) Biermann, W. und V., S. 225.

[4]) A. M. Turnau und Förster, Das Liegenschaftsrecht, 1. Band, Anm. II. 5 zu § 886, S. 186.

Biermann a. a. O. wohl der hier vertretenen Meinung, vergl. S. 224.

neuen Eigentümer eine Vormerkung zum Schutze des Anspruchs gegen den Schuldner nicht eingetragen werden, weil der Schuldner nicht der eingetragene Berechtigte ist. Dem Gläubiger bleiben nur Bereicherungsansprüche gegen den Schuldner und die infolge unwirksamer Verfügung buchmäßig Berechtigten. —

Eine Wiedereintragung der ungerechtfertigt gelöschten Vormerkung kann nur statthaben unbeschadet von Rechten, die mangels einer Vormerkung durch wirksame Verfügung begründet worden sind, in Wirklichkeit wird also nicht die alte, sondern eine neue Vormerkung eingetragen [1]).

[1]) Biermann; W. und V., S. 224.

## VII. Die Beziehung der §§ 891, 892, 893 B. G. B. zu der Vormerkung.

1. B. G. B. § 891 lautet:

„Ist im Grundbuch für jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, daß ihm das Recht zustehe. Ist im Grundbuch ein eingetragenes Recht gelöscht, so wird vermutet, daß das Recht nicht bestehe".

Daß die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek nicht der Eintrag eines Rechts ist, ist früher dargelegt worden. Für den Gläubiger, der seinen Anspruch geltend macht oder sein Recht aus § 888, streitet nicht die Vermutung aus § 891, sondern nur die Vermutung, daß die Vormerkung rechtmäßigerweise eingetragen worden sei: *legalia praesumuntur.*

Irrig ist nach der hier vertretenen Auffassung, was Biermann [1]) aufstellt:

„Die Vormerkung besteht, da sie akzessorisch ist, nur dann, wenn der Anspruch besteht."

Die Vormerkung besteht, wenn sie im Grundbuch „besteht", Wirkungen aber hat sie nur, wenn und soweit der Anspruch besteht [2]).

2. B. G. B. § 892, S. 1 lautet:

„Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist."

In dem Beispiel, das Schilde [3]) anführt:

„Der als Nießbraucher eingetragene A hat sich dem Eigentümer E gegenüber verpflichtet, auf den Nießbrauch gegen

[1]) Biermann, W. und V., S. 187.

[2]) Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, § 14 S. 136, V 1 sagt: „Es wird vermutet, daß die materiellen Voraussetzungen erfüllt sind, daß also die Vormerkung gültig ist, daß sie den verlautbarten Inhalt und Umfang hat, daß sie nicht belastet ist." Alles dies wird nicht vermutet, sondern ist einzig bedingt durch die offenbare und leicht beweisbare Tatsache der Eintragung und durch einen zu beweisenden „wirksamen Anspruch" (Sekler ebendort).

[3]) Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuches, S. 16.

eine bestimmte Entschädigung zu verzichten, und es ist zugunsten des E eine von A bewilligte Vormerkung eingetragen worden," gilt zugunsten desjenigen, der das Grundstück von E erwirbt, der Inhalt des Grundbuchs nach § 892 als richtig. Gilt nun in vorliegendem Falle auch die Vormerkung als „richtig"? Angenommen, die Vormerkung ist richtig, d. h. sie wird durch einen Anspruch gedeckt, dann hat der neue Eigentümer, auf den die Forderung auf den Verzicht nicht übergeht, keine Rechte aus der Vormerkung. Weil aus der „richtigen" Vormerkung keine Rechte sich für den neuen Eigentümer ergeben, kann auch nicht zu seinen Gunsten die Richtigkeit der Vormerkung vermutet werden. Der Fall, daß der neue Eigentümer sich auf eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs eines Dritten auf Eintragung einer Hypothek beruft, wird wohl nicht vorkommen.

Steht dagegen der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch auf Verzichtleistung des Nießbrauches dem jeweiligen Eigentümer zu, so findet mit der Rechtsnachfolge in das Eigentum auch eine Rechtsnachfolge in den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch statt [1]). Dies letztere nur in soweit, als der Anspruch besteht. Der Anspruch gehört nach dem Obigen nicht zum Inhalt des Grundbuchs; er ist nicht eingetragen. Wenn er nicht besteht, so ist auch die Vormerkung nicht wirksam. Die nicht durch den Anspruch gedeckte Vormerkung kann so wenig zugunsten eines Gutgläubigen wirken, wie sie zugunsten des Gläubigers wirken kann.

Noch weniger kann sich ein Gläubiger des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek, der das Eigentum an dem Grundstück erwirbt, an dem ihm die Hypothek bestellt werden soll, auf die Vormerkung berufen, oder ein Eigentümer, der Nichtschuldner des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs ist und nach dem Erwerb des Eigentums den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch gegen den Schuldner und früheren Eigentümer erwirbt. In diesen letzteren Fällen findet nur eine Rechtsnachfolge in den Anspruch statt, zu dessen Sicherung eine Vormerkung eingetragen worden ist; eine Berufung auf § 893 ist hier unzulässig, weil der Anspruch, über welchen verfügt wird, im Grundbuch nicht eingetragen ist [2]). Die Vormerkung,

[1]) Vergl. den Beschluß des O. L. G. zu Dresden auf Seite 128 ff. des 23. Bandes der Annalen des Königlich Sächsischen Oberlandesgerichts.

[2]) Vergl. den Beschluß des Landgerichts zu Tilsit vom 15. II. 1900 im I. Jahrgang von Lobes Zentralblatt, S. 48 zu b.

welche zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek ins Grundbuch eingetragen ist, kann nicht an einen Nichtgläubiger abgetreten werden. Nicht einmal die Rechte aus der Vormerkung können an einen Nichtgläubiger abgetreten werden. Eine Berufung desjenigen, der eine Vormerkung von dem Gläubiger „erworben“ hat, auf § 893 ist also unzulässig [1]).

Man setze folgenden Fall:

Der eingetragene Nichteigentümer hat eine Vormerkung bewilligt zur Sicherung der Verwirklichung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek. Ist die Vormerkung wirksam eingetragen, derart, daß der nach der Eintragung der Vormerkung eingetragene Eigentümer der Vormerkung gegenüber verpflichtet ist, also entweder zur Erfüllung des Anspruchs oder zur Zustimmung zur Erfüllung durch den Schuldner?

Die Vormerkung bewirkt die Sicherung der Verwirklichung des gegen den Schuldner gerichteten Anspruchs. Durch die Vormerkung kann die Verpflichtung des Schuldners nicht auf einen anderen übertragen werden. — Ist denn also der Eigentümer zur Zustimmung gemäß § 888 verpflichtet? Der eingetragene Nichteigentümer ist gegen das Recht des Eigentümers nach § 892 fähig, die Hypothek zu bestellen. Der Schuldner und Nichteigentümer ist gegen das Recht des Eigentümers durch die Vormerkung fähig die Hypothek zu bestellen. Der Schluß liegt nahe. Also muß der eingetragene Nichteigentümer und Schuldner befähigt sein, durch die Eintragung der Vormerkung die Verwirklichung des Anspruchs gegen das Recht des Eigentümers zu sichern. Sowohl die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs wie die über die Vormerkung setzen den Nichtberechtigten in den Stand, über das Recht gegenüber den Berechtigten zu verfügen. Daher erscheint es wahrscheinlich, daß die Sätze über den öffentlichen Glauben dem Rechte der Vormerkung dienen. Auch erwäge man folgendes: Die Vormerkung besteht zur Sicherung der Verwirklichung des Anspruchs. Sie ist nur wirksam, wenn der Schuldner zur Zeit der Eintragung zur Leistung vermögend ist. Sie hat den Zweck, dieses Vermögen, diese Fähigkeit des Schuldners zu erhalten, obwohl er über das Recht verfügt hat. Ist der Schuldner im Augen-

[1]) Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuches, S. 16 u. 17.
Biermann, W. und V., S. 191.
Johows Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts, 21. Bd., Jahrgang 1901, S. A 289.
Mugdans Rechtsprechung, 2. Bd., Jahrgang 1901 (1. Halbjahr), S. 243.

blicke der Eintragung der Vormerkung nicht zur Leistung vermögend, ist er nicht der eingetragene Berechtigte (Ausnahme § 1179), so ist die Vormerkung unwirksam. Infolge der Grundsätze der §§ 892, 893 ist der Schuldner, obwohl nicht Berechtigter, als eingetragener „Eigentümer“ imstande, über das Recht zu verfügen. Weshalb soll hier der Vormerkung die Kraft versagen, die bestehende Verfügungsmacht des Schuldners zugunsten des Gläubigers zu erhalten? Danach ist der nach der Eintragung der Vormerkung eingetragene Eigentümer zur Zustimmung gemäß § 888 zur Erfüllung durch den Schuldner verpflichtet, auch wenn er zur Zeit der Eintragung der Vormerkung nicht eingetragener Eigentümer war. Der Inhaber einer nach der Eintragung der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek eingetragenen Hypothek ist zur Zustimmung gemäß § 888 verpflichtet, sei es, daß er die Hypothek von dem eingetragenen Nichteigentümer oder von dem Eigentümer erlangt hat. Nach der gegnerischen Ansicht von der Unwirksamkeit der durch den Nichteigentümer bewilligten Vormerkung würde er in dem Falle, daß der Nichteigentümer ihm die Hypothek bewilligt hat, einen ungerechtfertigten Vorteil erlangen. [1])

Z. P. O. § 898 bestimmt:

„Auf einen Erwerb, der sich nach den §§ 894, 897 vollzieht, finden die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, Anwendung.“

Z. P. O. § 894 Absatz 1 Seite 1 lautet:

„Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat.“

Danach gilt zugunsten des Gläubigers, der die rechtskräftige Verurteilung des Schuldners zur Abgabe der Bewilligungserklärung zur Eintragung einer Vormerkung erlangt hat, welche einen Anspruch auf Eintragung einer Hypothek sichern soll, in Beziehung auf den Erwerb der Vormerkung und die durch den Erwerb der Vormerkung erworbenen eventuellen Rechte der Inhalt des Grundbuchs als richtig. Durch diese unzweideutige gesetzliche Bestimmung ist bewiesen, daß auch zugunsten des Gläubigers, dem eine Vormerkung vom Nichteigentümer bewilligt worden ist, das Grundbuch als richtig gilt.

Z. P. O. § 895 lautet:

„Ist durch ein vorläufig vollstreckbares Urteil der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt,

[1]) Verfehlt: Philipsen, Die Vormerkung, S. 68.

auf Grund deren eine Eintragung in das Grundbuch . . . . erfolgen soll, so gilt die Eintragung einer Vormerkung . . . . als bewilligt."

Also nicht erst durch das rechtskräftige Urteil, sondern schon durch das vorläufig vollstreckbare Urteil gilt die Vormerkung als bewilligt. Die Vormerkung, welche auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urteils als bewilligt gilt, ist keine andere als diejenige, welche auf Grund des rechtskräftigen Urteils als bewilligt gilt. (§ 883 Abs. 1.)

Für die Vormerkung, welche auf Grund des rechtskräftigen Urteils als bewilligt gilt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig. Also gilt auch der Inhalt des Grundbuchs als richtig für die Vormerkung, wenn sie auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urteils als bewilligt gilt[1]).

Auch wenn der Gläubiger die Verurteilung des Schuldners zur Bestellung einer Hypothek erlangt hat, so greift Z. P. O. § 895 wiederum Platz. — Wenn die Eintragung einer Vormerkung als bewilligt gilt, so gilt zugunsten desjenigen, für den sie eingetragen wird, das Grundbuch als richtig, sei es daß die Vormerkung infolge rechtskräftiger Verurteilung, sei es daß sie infolge vorläufig vollstreckbaren Urteils als eine bewilligte eingetragen wird[2]).

K. O. § 7 Abs. 1 sagt:

„Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, sind den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam; die Vorschriften der §§ 892, 893 des B. G. B. bleiben unberührt."

Unsere obigen Erwägungen zwingen zu dem Satze, daß auch zugunsten des Gläubigers, dem auf Grund der Bewilligung des Gemeinschuldners eine Vormerkung eingetragen worden ist, der Inhalt des Grundbuchs als richtig gilt, daß die Beschränkung des Berechtigten in der Verfügung über das im Grundbuch eingetragene Recht dem erwerbenden Gläubiger gegenüber nicht wirksam ist, wenn die Beschränkung dem Gläubiger nicht bekannt war und zur Zeit der Eintragung der Vormerkung im Grundbuch auch nicht eingetragen war[3]).

Bis hierher ist nicht der Versuch gemacht worden, den § 892 unmittelbar auf die Erlangung einer Vormerkung anzuwenden.

---

[1]) A. M. Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, § 14 V 2a α. S. 138.

[2]) Vergleiche: Biermann, W. und V., S. 190.
Turnau und Förster, Das Liegenschaftsrecht, 1. Band S. 163 unten.
Othmer, Rechtliche Wirkung, S. 89.

[3]) A. M. Biermann, W. u. V., S. 190.

Nach B. G. B. § 892, 893 gilt der Inhalt des Grundbuches als richtig:

1) zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück durch Rechtsgeschäft erwirbt;

2) wenn zwischen demjenigen, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, und einem anderen in Ansehung dieses Rechts ein nicht unter die Vorschriften des § 892 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält.

Die Frage ist also: Liegt in der Bewilligung und Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek die Bestellung und Erwerbung eines Rechts am Grundstücke? Liegt in der Begründung der Vormerkung eine Verfügung durch den eingetragenen Berechtigten? Weil aber in der Begründung eines Rechts am Grundstücke durch den Eigentümer eine Verfügung liegt, so genügt es zu unserem Zwecke, zu untersuchen, ob die Bewilligung der Vormerkung eine Verfügung ist.

Wenn also die Bewilligung der Vormerkung eine Verfügung ist oder eine Verfügung enthält, so finden B. G. B. §§ 892, 893 unmittelbar Anwendung. Obwohl Kretzschmar[1]) behauptet, die Bewilligung der Vormerkung enthalte eine Verfügung, so lehnte er doch die Anwendung der §§ 892, 893 zugunsten des Gläubigers, dem vom Nichtberechtigten eine Vormerkung bewilligt wird, ab, aus Rücksicht auf den Zweck der Vormerkung, welcher sei:

> die Durchführung des Anspruchs gegenüber dem obligatorisch Verpflichteten zu sichern[2]).

Oben ist dargelegt worden, daß dieser Zweck erfordert, daß das Grundstück zugunsten des Gläubigers als richtig gilt.

Auch die Folgerungen von Turnau und Förster[3]) sind nicht schlüssig. Sie führen aus: „Weil das Bürgerliche Gesetzbuch unter Verfügungen nicht die vorbereitende obligatorische Verpflichtung zur Verfügung, sondern nur dasjenige Rechtsgeschäft verstehe, durch welches unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben werde, weil aber die Vormerkung dazu diene, die Verwirklichung eines obligatorischen Anspruchs zu sichern, so sei die Bewilligung der Vormerkung keine Verfügung.“

Zugegeben werde, daß das Bürgerliche Gesetzbuch unter „Verfügung“ nicht die Verpflichtung zu einer Verfügung versteht, so folgt daraus, daß die Verpflichtung des Schuldners

[1]) Kretzschmar, Einführung, 2. Band, Seite 222.
[2]) Kretzschmar a. a. O. Seite 221.
[3]) Turnau und Förster, Liegenschaftsrecht, 1. Band, S. 164 unter 9.

zur Eintragung der Hypothek nicht infolge einer Verfügung des Schuldners entstanden ist. — Was hindert aber die Annahme, daß dieser Anspruch durch eine Verfügung gesichert wird, durch ein Rechtsgeschäft, durch welches unmittelbar ein Recht übertragen usw. wird? — Diese Verfügung, durch welche der Anspruch gesichert werden soll, kann natürlich nicht die Verfügung sein, durch welche der Anspruch erfüllt werden soll[1]).

Biermann[2]) hält die Bewilligung der Vormerkung nicht für eine Verfügung. Er wendet aber eine Reihe von Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über Verfügungen, welche er untersucht, auf die Vormerkungsbewilligung an. Er bleibt den Beweis schuldig, weshalb er, zugegeben, daß die Bewilligung der Vormerkung keine Verfügung ist, nicht auch den für die Verfügungen geltenden §§ 893 auf die Bewilligung der Vormerkung ausgedehnt hat. — In der Tat ist die Untersuchungsart Biermanns unerläßlich. — Im folgenden werden die einzelnen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über Verfügungen auf ihre Anwendbarkeit auf die Vormerkungsbewilligung untersucht werden auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen über Vormerkungen und des Zwecks der Bestimmungen über die Verfügungen, also in derselben Art, wie oben in Beziehung auf §§ 892, 893 geschehen ist.

Eine einem Veräußerungsverbote (B. G. B. §§ 135, 136, 888 Abs. 2) widerstreitende Verfügung ist nach § 135 gewissen Personen gegenüber unwirksam. Dasselbe muß von einer Vormerkung gelten, die eine künftige Verfügung sichern soll. Denn es ist widersinnig, Verfügungen durch den Betroffenen für wirkungsvoll zu erklären, dagegen den Geschützten zu zwingen, wegen der Vormerkungsbewilligung des Betroffenen der Verfügung zuzustimmen[3]).

Nach B. G. B. § 161 ist in dem Falle, „daß jemand unter einer aufschiebenden Bedingung über einen Gegenstand verfügt hat, jede weitere Verfügung, die er während der Schwebezeit über den Gegenstand trifft, im Falle des Eintritts der Bedingungen insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde". — Auch hier darf der Berechtigte ebensowenig durch die Vormerkung um sein Recht kommen wie durch eine definitive Eintragung.

Nach B. G. B. § 883 Abs. 2 dürfen Vormerkungen, die nach der Eintragung einer Vormerkung eingetragen werden, die Verwirklichung des durch die erste Vormerkung gesicherten

[1]) Philipsen, Die Vormerkung, Seite 69, unklar.
[2]) Biermann, W. und V., S. 192—195.
[3]) Biermann, W. u. V., S. 193.

Rechts ebensowenig hindern als Verfügungen über das betroffene Recht.

Dieselben Gründe gelten für die Anwendung des § 1984 auf Vormerkungsbewilligungen, nach welchem „der Erbe mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung die Befugnis verliert, über den Nachlaß zu verfügen".

Nicht anders ist es mit den §§ 2113, 2211. Die Vormerkungen, die diesen Bestimmungen entgegen eingetragen worden sind, sind (relativ) wirkungslos.

Daß der Gemeinschuldner nach K. O. § 6 Vormerkungen nicht mehr nach Eröffnung des Konkurses bewilligen kann, ist schon dargelegt worden.

Nach § 185 Abs. 1 „ist eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt".

Daß dieser Paragraph auch für Eintragungsbewilligungen von Vormerkungen gilt, ist zwingend anzunehmen. — Dasselbe gilt von B. G. B. § 185 Abs. 2.

Nach B. G. B. § 499 ist „der Wiederverkäufer, der vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts über den gekauften Gegenstand verfügt hat, verpflichtet, die dadurch begründeten Rechte Dritter zu beseitigen". —

Das muß auch von einer bewilligten Vormerkung gelten. B. G. B. § 1445 lautet:

> „Der Mann bedarf der Einwilligung der Frau zur Verfügung über ein zu dem Gesamtgute gehörendes Grundstück, sowie zur Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung."

Danach bedarf also der Mann der Einwilligung der Frau zur Eingehung der Verpflichtung, die Eintragung einer Hypothek zu bewilligen; er bedarf ferner der Einwilligung der Frau zur Eintragung der Hypothek. Sollte er nicht der Einwilligung der Frau bedürfen zur Eintragungsbewilligung einer Vormerkung? — Das muß man ohne Bedenken zugeben. Also unterliegt auch hier die Bewilligung der Vormerkung — denn sie ist keine Eingehung einer Verbindlichkeit zu einer Verfügung — der für die Verfügung geltenden Bestimmung.

Biermann[1]) ist anderer Ansicht. Er meint, „in diesem Falle wäre es ohne Bedeutung, ob man die Vormerkung zu den Verfügungen stellt oder nicht, denn der Verfügung sei hier ausdrücklich die Verpflichtung zur Verfügung gleichgestellt".

Weil aus der Vormerkung nicht die Verpflichtung zur Verfügung folgt, sondern aus dem gesicherten Anspruche, so ist

[1]) Biermann, W. und V., S. 195.

es hier von größter Bedeutung, daß man im Anschluß an die anderen Bestimmungen die Bewilligung der Vormerkung „zu den Verfügungen stellt“.

Dasselbe gilt für B. G. B. § 1821 Abs. 1.

B. G. B. § 1375 lautet:

„Das Verwaltungsrecht des Mannes umfaßt nicht die Befugnis, die Frau durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten oder über eingebrachtes Gut ohne ihre Zustimmung zu verfügen.“

Hier liegt der Fall ähnlich. Durch die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines gegen die Frau gerichteten Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek wird die Frau nicht verpflichtet. Sie ist und bleibt nur verpflichtet, die Hypothek eintragen zu lassen. Man ist also gezwungen, die Bewilligung einer Vormerkung wie eine Verfügung zu behandeln. - - Auch hier meint Biermann, daß mit dem zitierten Gesetze „die Bewilligung einer Vormerkung durch den Mann zu Lasten der Frau unter allen Umständen“ (d. h. auch wenn die Vormerkungsbewilligung nicht wie eine Verfügung behandelt wird) „ausgeschlossen sei“.

Für B. G. B. §§ 1395, 1396, 1398, 1399 gilt dasselbe.

Auch hier würde eine Lücke sein, wenn man nicht die Vormerkungsbewilligung den Bestimmungen über die Verfügungen unterstellt.

Die Vormerkungsbewilligung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft; dem Gläubiger entstehen ohne sein Wissen und ohne seine Willenserklärung die Wirkungen der Vormerkung[1]). Dies folgt aus dem § 883. Also ist nach § 1398 eine Vormerkungsbewilligung der Frau, zu welcher die Einwilligung des Mannes nicht erfolgt ist, unwirksam. — Die Unwirksamkeit einer ohne Einwilligung des Mannes bewilligten Hypothek kann der Mann nach § 1396 Abs. 1 durch Genehmigung heilen.

„Dieses Resultat, wonach die Eintragung einer Vormerkung unter strengeren Vorschriften steht als diejenige eines endgültigen Rechts“[2]), ist (gegen Biermann) nicht überraschend. Ist z. B. nicht auch eine Kündigung durch die Frau ohne Einwilligung des Mannes unwirksam, derart, daß die Genehmigung des Mannes sie nicht wirksam machen kann?

Es würde zu weit führen, zu untersuchen, was das Gesetz unter „Verfügung“ versteht, ob insbesondere darunter fällt ein Rechtsgeschäft, durch welches eine Verfügungsbeschränkung bewirkt wird[3]).

[1]) Biermann, W. und V., S. 148.

[2]) Biermann, W. und V., Seite 194, 195.

[3]) Hierzu Ramdohr, Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter

Aus dem Gesagten geht hervor, daß das Bürgerliche Gesetzbuch unter einer Verfügung auch die Bewilligung einer Vormerkung versteht[1]), daß also § 893 (wie § 2367) für die Vormerkungsbewilligung gilt, daß also zugunsten des Gläubigers, für den eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek auf Grund der Bewilligung des eingetragenen Nichteigentümers eingetragen worden ist, der Inhalt des Grundbuchs als richtig gilt, daß also der eingetragene Eigentümer gemäß § 888 zur Zustimmung verpflichtet ist zur Eintragungsbewilligung der Hypothek durch den Schuldner und vorher eingetragenen Nichteigentümer[2]). —

Es ist früher bewiesen worden, daß die Vormerkung kein eingetragenes Recht ist oder vorstellt. Deshalb finden die Vorschriften des § 892 nicht entsprechende Anwendung (§ 893), wenn an denjenigen, für welchen eine Vormerkung eingetragen ist, auf Grund dieses Rechts eine Leistung bewirkt wird. Auf Grund einer Vormerkung kann überhaupt eine selbständige Leistung nicht bewirkt werden.

Der Schuldner kann auf Grund des Anspruchs bewirken, auf Grund der Vormerkung stimmen die Verpflichteten der Leistung des Schuldners zu. Für die Anwendung der ersten Hälfte des § 893 ist also bei der Vormerkung kein Raum[3]).

---

menschlicher Erkenntnisfähigkeit im Bürgerlichen Gesetzbuche auf Seite 324 ff. des 44. Jahrganges von Gruchots Beiträgen, insbesondere Seite 325, 326, 352.

Kretzschmar, Einführung, 2. Band, Seite 222.

Crome, System, 1. Band, Seite 326.

Plancks Kommentar, 1. Band, Vorbemerkung IX 4 zum dritten Abschnitt, S. 185 f.

[1]) Ebenso Strohal in einem Vortrage nach dem Bericht von „Das Recht", VII. Jahrgang, S. 570.

[2]) Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, § 14 V 2 S. 137, dagegen ebendort 28, S. 140, 141.

[3]) Biermann, W. und V., Seite 191.

Turnau und Förster, Liegenschaftsrecht, 1. Band, S. 164 unter e.

Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, § 14 V 2c, S. 143.

## VIII. Die Vormerkung und B. G. B. § 268 und C. P. O. § 58.

B. G. B. § 268 Abs. 1 Satz 1 lautet:

„Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand, so ist jeder, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande zu verlieren, berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen."

Nach Absicht und Sinn des Paragraphen hat damit auch der vorgemerkte Gläubiger das *ius offerendi*, der Gefahr läuft, die Hypothek, deren Entstehung ihm durch die Vormerkung gesichert ist, zu verlieren[1]).

Ähnlich liegt der folgende Fall: Wenn der Eigentümer das Eigentum am Grundstück nach B. G. B. § 928 aufgibt, so kann dadurch der vorgemerkte Gläubiger nicht sein Recht verlieren. Der Schuldner ist fortdauernd zur Bestellung der Hypothek, die nachstehenden Hypothekargläubiger fortdauernd zur Zustimmung nach § 888 verpflichtet. Wenn nun der Gläubiger (falls er das aus § 888 folgende Recht in Beziehung auf das Eigentumsrecht im Wege der Klage geltend machen will) beim „Vorsitzenden des Prozeßgerichts den Antrag stellt, einen Vertreter zu bestellen, welchem bis zur Eintragung eines neuen Eigentümers die Wahrnehmung der sich aus dem Eigentum ergebenden Rechte und Verpflichtungen im Rechtsstreit obliegt, so ist dem Antrage Folge zu leisten".

Z. P. O. § 58 bestimmt dies für den Fall, daß „ein Recht an einem Grundstücke, das von dem bisherigen Eigentümer nach § 928 des B. G. B. aufgehoben ist und von dem Aneignungsberechtigten noch nicht erworben ist, im Wege der Klage geltend gemacht werden soll".

Wenn aber Z. P. O. § 58 für den vorliegenden Fall nicht gelten sollte, so würde eine durch andere Vorschriften unausfüllbare Lücke im Gesetze vorhanden sein. —

Aus dem zuletzt Gesagten ergibt sich die Wahrscheinlichkeit, daß dem durch die Vormerkung gesicherten Gläubiger

[1]) Turnau und Förster, Liegenschaftsrecht, 1. Band, Seite 166 unter a.
Biermann, W. und V., Seite 201 unter IX.
Philipsen, Die Vormerkung, S. 62.

Rechte (ein Recht) an der Sache, dem Grundstücke zustehen. Die Wahrscheinlichkeit steigt durch die Erwägung, daß die Rechte des Gläubigers aus der Vormerkung durch Verfügung des Schuldners entstehen. Dieses Recht an der Sache ist aber kein eingetragenes Recht, folglich auch keine Belastung des Grundstücks (B. G. B. §§ 873, 1010, 1012, 1018, 1030, 1090, 1094, 1105, G. B. O. § 6[1]), kein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke.

---

[1]) § 6 G. B. O. findet also keine Anwendung.
A. A. Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, § 14 VII, S. 149.